Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

bacc. iur. **Walter Rathsburg**

Referendar in Stollberg i. Erzgeb.

ACAD.
LUND.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0071

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Begriff der Geschäftsführung 1
§ 2. Subjekt der Geschäftsführung 6
§ 3. Umfang der Geschäftsführung 20
§ 4. Mittel der Geschäftsführung 25
§ 5. Beendigung der Geschäftsführung 40
§ 6. Wesen der Geschäftsführung 45

Literaturverzeichnis.

Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1894.

Anschütz u. v. Völderndorff, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1870.

Basch, Handelsgesetzbuch und Wechselordnung. 5. Aufl. Erlangen 1902.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1886.

Behrens, Die Rechte des offenen Handelsgesellschafters im Innenverhältnis. Diss. Leipzig 1907.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handels- und Wechselrechts. Herausgegeben von Busch.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Einführungsgesetzes.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 1. u. 2. Aufl. Halle 1901.

Deutsche Juristenzeitung.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 3. Aufl. Heidelberg 1876.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handels-, Wechsels- und Seerechts. 4. Aufl. 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofs.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896 mit Einführungsgesetz. Handausgabe. München 1906.

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. 8. Aufl. 1907.

Gareis, das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin 1903.

Gareis-Fuchsberger, Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gierke, Das Handelsrecht, bearbeitet in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 6. Aufl. S. 889 ff.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 2. Berlin 1905.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1874.

Goldschmidt, System des Handelsrechts im Grundriß. 4. Aufl. 1892.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.

v. Gorski, Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Wien 1888.

Grühl, Die Rechtsstellung des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafters. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.

v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 4. Aufl. 1894.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.
Heise, Vorlesungen über das Handelsrecht.
Hergenhahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.
Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.
Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwaltsvereins.
Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung.
Keyßner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft. Kommentar. 1878.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1901.
Lastig in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1 1881.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechtes. 1908.
Lehmann in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft S. 595 ff.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1902.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. Berlin 1907.
Plathner, über die Schutzmittel der Teilhaber von offenen Handelsgesellschaften gegenüber Unredlichkeiten ihrer Genossen. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 37. Jahrg. S. 68 ff. 1893.
Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1893.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften. Leipzig 1881.
Rudorff, Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. Stuttgart 1898.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in Deutschland.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. 2. 3. u. 4. Aufl. München 1908.
Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht. Abt. 1. Berlin 1873.
Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1879.

Abkürzungen.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896.
HGB. = Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. 5. 1897.
ADHGB. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch von 1861.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
JurW. = Juristische Wochenschrift.

§ 1.

Begriff der Geschäftsführung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht in vier Fällen von der Führung oder Besorgung von Geschäften:

1. im § 662 von der Besorgung eines von dem Auftraggeber dem Beauftragten übertragenen Geschäftes für den ersteren;
2. im § 675 von einer Geschäftsbesorgung, die den Gegenstand eines Dienstvertrags oder Werkvertrags bildet;
3. in §§ 677 ff. von einer Besorgung von Geschäften für einen anderen ohne Auftrag von diesem oder sonstige Berechtigung diesem gegenüber;
4. in §§ 709 ff. von der Führung der Geschäfte einer Gesellschaft durch die Gesellschafter.

Während die Literatur darüber einig ist, daß in allen vier Fällen der Begriff der Führung oder, was dasselbe bedeutet, der Besorgung von Geschäften der gleiche ist,[1]) herrscht über die Bedeutung des Begriffes selbst lebhafter Streit. Vgl. hierzu die Literatur bei Oertmann zu § 675, 1b.

Da das Gesetz selbst eine Definition der Geschäftsführung nicht gibt, so wird man darunter im allgemeinen unter Zugrundelegung des gewöhnlichen Sprachgebrauchs jede Tätigkeit zu verstehen haben, die wirtschaftlich das Vermögen des Geschäftsherrn, d. h. desjenigen, in dessen Interessensphäre sie fällt, berührt. Diese Tätigkeit umfaßt alle Arten von Handlungen rechtsgeschäftlicher wie nichtrechtsgeschäftlicher Natur. Die zu bewirkende Leistung braucht nicht lediglich auf einer menschlichen Handlung zu beruhen, sondern kann auch durch bewußte Benutzung der Naturkräfte zustande kommen. Die Tätigkeit braucht nicht nur positiv

[1]) Bezüglich der Fälle 1 bis 3 vgl. Staudinger zu § 677 Anm. 2a.

zu schaffen, sondern kann auch Geschaffenes vernichten; sie kann beschädigen oder zerstören, wenn sie nur nicht lediglich den Zweck der Schadenszufügung hat. Sie kann bestehen in der Abgabe einer Willenserklärung oder in einer Willensbetätigung.

Während sonach diese Tätigkeit in den oben angeführten vier Fällen begrifflich die gleiche ist, gestaltet sie sich praktisch in Anpassung an das ihr zugrunde liegende Rechtsinstitut verschieden aus. Bei dieser Ausgestaltung nimmt die Geschäftsführung in dem unter 4. angeführten Falle gegenüber den anderen Fällen in so fern eine Sonderstellung ein, als es sich bei ihr im Gegensatz zu den anderen Fällen nicht um die Führung ausschließlich fremder Geschäfte handelt, sondern um die Führung von Geschäften, die gleichzeitig teils fremde, teils aber eigene Geschäfte sind. In den übrigen drei Fällen werden die Geschäfte von dem Handelnden in äußerlich erkennbarer Form mit dem Bewußtsein und mit dem Willen ausgeführt, für einen anderen tätig zu werden. Bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft dagegen berühren die im Rahmen des Gesellschaftszweckes erfolgenden Handlungen des Gesellschafters ebensowohl die Interessensphäre dieses handelnden Gesellschafters als auch die der Gesellschaft. Der Geschäftsführende handelt hier kraft eines besonderen Verhältnisses zum Geschäftsherrn, da er selbst ein Teilhaber der Gesellschaft ist, für die er handelt. Aus diesem besonderen Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn ergeben sich die unten näher zu bezeichnenden Eigentümlichkeiten dieser Geschäftsführung.

In den meisten Fällen wird derjenige, der für eine Gesellschaft Geschäfte besorgt, sie einem anderen gegenüber vornehmen. Er tritt dann durch eine jede derartige Handlung nicht nur in rechtliche Beziehungen zu der Gesellschaft, für die er die Handlung vorgenommen hat, sondern auch zu dem Dritten, dem gegenüber er die Handlung vorgenommen hat. Theoretisch umfaßt daher der Begriff der Geschäftsführung eines Gesellschafters ebenso dessen Verhältnis zur Gesellschaft wie zu dem Dritten. Von diesem Standpunkt aus unterscheidet Gareis (§ 24 III S. 117) zwischen innerer und äußerer Geschäftsführung. Das Gesetz hat jedoch den Ausdruck Geschäftsführung lediglich auf das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft beschränkt und ihn in scharfen

Gegensatz gestellt zu dem Verhältnis des Gesellschafters nach außen, das es als Vertretung bezeichnet hat.

Während, soweit das Recht der offenen Handelsgesellschaft in Frage kommt, noch in den Protokollen der Nürnberger Konferenz die Vertretungsbefugnis unter den Ausdruck Geschäftsführung subsumiert worden ist, ist die genaue Scheidung der Begriffe Geschäftsführung und Vertretung zum ersten Male in dem sogen. Frankfurter Entwurf eines Reichshandelsgesetzbuches für Deutschland vom Jahre 1849 getroffen worden und zum ersten Male gesetzlich festgelegt worden in dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch von 1861, in das sie durch Übernahme aus dem Frankfurter Entwurf und sodann aus dem preußischen Entwurf gelangt ist. Im Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 ist diese Scheidung noch verschärft worden. Doch findet sich auch hier noch eine Stelle, in der von der Geschäftsführung als von der sowohl die Geschäftsführung im technischen Sinne als auch die Vertretung umfassenden Verwaltungstätigkeit die Rede ist; das ist der § 110 HGB., in dem dem Gesellschafter ein Schadensersatzanspruch zugesprochen wird für den Fall, daß er unmittelbar durch seine „Geschäftsführung" oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste erleidet. Der Wille des Gesetzgebers geht zweifellos dahin, diesen Schadensersatzanspruch auch einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, aber zur Vertretung befugten Gesellschafter zuzusprechen, der durch eine seiner Vertretungsbefugnis entspringende Handlung oder aus Gefahren, die mit einer solchen untrennbar verbunden sind, Verluste erleidet.

M. E. mit Unrecht behauptet v. Gorski (S. 7), daß im ADHGB. Art. 105 Abs. 2 das Wort Geschäftsführung ebenfalls in jenem untechnischen allgemeinen Sinne der Verwaltungstätigkeit gebraucht sei. Denn die im Abs. 1 aufgeführten Kontrollrechte, deren Einschränkung durch den Gesellschaftsvertrag für unwirksam erklärt wird, wenn eine Unredlichkeit in der „Geschäftsführung" nachgewiesen wird, beziehen sich alle nur auf Akte der Geschäftsführung im engeren Sinne. Nur solche können überhaupt Gegenstand einer Prüfung der im Art. 105 bezeichneten Art durch den Gesellschafter sein; insbesondere sind die Eintragungen in die Geschäftsbücher sowie die Aufbewahrung der Papiere der Gesell-

schaft, deren Einsicht dem Gesellschafter gestattet ist, Akte der Geschäftsführung, nicht der Vertretung.

Im übrigen ergibt sich die scharfe Scheidung der Begriffe Geschäftsführung und Vertretung im Handelsgesetzbuch daraus, daß die Geschäftsführung ausschließlich in dem Titel über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und die Vertretung ausschließlich in dem von diesem getrennten Titel über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten behandelt wird, und daß sogar das Wort Vertretung in dem ersteren Titel und das Wort Geschäftsführung in dem letzteren Titel streng vermieden ist.

Wenngleich vom Standpunkt desjenigen aus, der in juristisch relevanter Weise für die Gesellschaft tätig wird, die Scheidung seiner Beziehungen nach innen, der Gesellschaft gegenüber, und nach außen, dem Dritten gegenüber, nicht im Begriff der Geschäftsführung begründet ist, sofern er begrifflich genau so der Gesellschaft gegenüber wie dem Dritten gegenüber als Geschäftsführer der Gesellschaft auftritt, so entspricht jene Scheidung doch mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der Beziehungen einem großen praktischen Bedürfnis und leistet Gewähr nicht nur für eine schnellere und leichtere,[1]) sondern auch für eine sicherere richterliche Entscheidung über diese Fragen. Denn es besteht zwischen jenen Beziehungen der für die Rechtsanwendung hochbedeutsame Unterschied, daß das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander, zu dem auch das Rechtsverhältnis des geschäftsführenden Gesellschafters als solchen gegenüber der Gesellschaft gehört, in erster Linie durch den Willen der Gesellschafter bestimmt wird, und daß die gesetzlichen Bestimmungen darüber nur subsidiär Platz greifen, soweit nicht durch den Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt ist, während die Regelung des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter zu Dritten dem Willen der Gesellschafter entzogen ist und die gesetzlichen Bestimmungen hierüber zwingendes Recht enthalten. Ihren Zweck hat diese verschiedenartige Regelung darin, daß der Dritte durch feststehende Grundsätze für den Verkehr mit der Gesellschaft geschützt werde und gleichzeitig die Gesellschafter unter sich freie Hand haben sollen.

[1]) vgl. auch v. Gorski S. 3.

Dem praktischen Ergebnis der Unterscheidung zwischen Geschäftsführung und Vertretung in bezug auf die Rechtsanwendung entspricht die theoretische Möglichkeit, diese beiden Begriffe scharf auseinander zu halten, so daß sie sich gegenseitig ausschließen können. In der Regel wird zwar die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsbefugnis durch den Gesellschaftsvertrag denselben Personen beigelegt werden; es ist jedoch keineswegs notwendig, daß beide Befugnisse denselben Personen zustehen. Aus § 109 HGB. in Verbindung mit § 114 Abs. 2 ergibt sich die Möglichkeit, die Geschäftsführungsbefugnis ebensowohl einem Nichtvertretungsbefugten zuzusprechen wie einem Vertretungsbefugten abzusprechen. So kann einem Gesellschafter aus persönlichen Gründen, z. B. weil er zwar ein tüchtiger Arbeiter ist, aber sich in ungünstigen Vermögensverhältnissen befindet, die Geschäftsführung belassen, die Vertretung aber entzogen sein, weil er, wenn er mit Dritten für die Gesellschaft in persönliche Beziehungen träte, deren Kredit gefährden könnte. Ebenso kann einem geistig tüchtigen, aber mit einem körperlichen Gebrechen behafteten geschäftsführenden Gesellschafter die Vertretungsbefugnis entzogen sein, weil er durch sein Gebrechen verhindert ist, mit der Außenwelt ohne Schwierigkeiten in Verkehr zu treten. In solchen Fällen wird sich seine Geschäftsführung im wesentlichen hauptsächlich auf Verrichtungen der inneren Verwaltung erstrecken, wie Buchführung, Korrespondenz, Prüfung von Material, Beaufsichtigung des Lagers. — Andererseits kann einem Gesellschafter, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, weil er sich nach seinen geistigen Fähigkeiten und Kenntnissen oder infolge von Abwesenheit, Krankheit oder Alter zu einer tätigen Mitwirkung im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft nicht eignet oder sich aus sonst einem Grunde nicht hierzu bereit erklärt hat, die Vertretungsbefugnis belassen sein, weil er in der Außenwelt als ein finanziell gutgestellter Mann bekannt ist und es daher den Kredit der Gesellschaft nur fördern kann, wenn er nach außen als ihr Vertreter auftritt. Die Vertretungsbefugnis kann einem solchen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter auch nur zu dem Zwecke belassen sein, daß er im Falle der Abwesenheit anderer Gesellschafter für die Gesellschaft gewisse Geschäfte mit Wirkung nach außen abschließen kann. In

solchen Fällen steht dem Gesellschafter auch nicht eine „formelle" Geschäftsführung zu, wie Lastig in Endemanns Handbuch Bd. 1 S. 358 meint; soweit die Handlungen, durch die er die Gesellschaft vertritt, sein Verhältnis zur Gesellschaft berühren, kommen die Vorschriften über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander keineswegs in Anwendung; seine Handlungen haben die unten näher zu besprechenden charakteristischen Merkmale der Geschäftsführung gerade nicht. Bei diesem vollständigen Mangel eines materiellen Grundes, die Tätigkeit jenes Gesellschafters als Geschäftsführung zu bezeichnen, ist auch nicht einzusehen, mit welchem Rechte von einer „formellen" Geschäftsführung gesprochen werden sollte; denn nur eine materielle Berechtigung könnte für das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft in Frage kommen.[1])

§ 2.

Subjekt der Geschäftsführung.

A. Da sich die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag gegenseitig zur Förderung der Erreichung des gemeinsamen auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichteten Zweckes verpflichtet haben, so sind grundsätzlich auch alle Gesellschafter an der Geschäftsführung, die zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes unumgänglich nötig ist, beteiligt (HGB. § 114 Abs. 1). Es unterliegt jedoch dem freien Willen der Gesellschafter, im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder in einer späteren, von allen Gesellschaftern getroffenen Vereinbarung[2]) dadurch abzuweichen, daß Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden.

Geschieht dies, so ist hierin ein Verzicht der ausgeschlossenen Gesellschafter auf die ihnen kraft eigenen Rechtes zustehende Geschäftsführung zu erblicken. Denn da die Geschäftsführung der Gesellschaft überhaupt wesentlich ist, weil eine Gesellschaft, in der

---

[1]) Vers. A. Hahn Vorbem. zu Art. 99—104 § 2 Anm. 2; Gorski S. 8 Anm. 2.

[2]) Denkschr. S. 85.

auch nicht ein Geschäft geführt würde, nicht denkbar ist, so bildet die Geschäftsführung auch einen wesentlichen Teil des Gegenstandes des Gesellschaftsvertrags; und da es diesem wiederum wesentlich ist, daß alle Gesellschafter sich durch ihn zur Förderung des gemeinsamen Zweckes verpflichten, so übernehmen im Gesellschaftsvertrage in jedem Falle grundsätzlich alle Gesellschafter ohne Ausnahme die Geschäftsführung. Wenn daher im Gesellschaftsvertrage Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden, was selbstverständlich nur mit ihrer Einwilligung geschehen kann, so verzichten sie auf ein Recht, das ihnen kraft des im Gesellschaftsvertrag liegenden Willens zusteht. Aus diesem Grunde hat ein derartiger Ausschluß von Gesellschaftern von der Geschäftsführung nur eine Wirkung für die Ausgeschlossenen selbst, nicht aber auch für die andern. Er bedeutet nicht etwa eine Übertragung der Geschäftsführung an die anderen, nicht Ausgeschlossenen; denn diese haben die Geschäftsführung bereits kraft der gemeinsamen, auf die Eingehung einer Gesellschaft gerichteten Vereinbarung. Er bedeutet nicht einen neuen Akt für die nicht Ausgeschlossenen und schafft nicht einen besonderen Rechtsgrund für deren Geschäftsführungsbefugnis. Wenn er daher im Gesellschaftsvertrag ausgesprochen wird, so bedeutet er die Erklärung des unmittelbar auf ihn gerichteten Willens derjenigen Gesellschafter, die auf die ihnen zustehende Geschäftsführung verzichten. Er ist aber nicht, wie man aus dem Wortlaute des § 114 Abs. 2 HGB. entnehmen könnte, die Folge der „Übertragung" der Geschäftsführung an die anderen Gesellschafter. Es ist auch nicht klar und leicht irreführend, wenn das Gesetz von einer „Übertragung" der Geschäftsführung überhaupt spricht, da, wie oben ausgeführt, die Geschäftsführung den Gesellschaftern bereits kraft eigenen Rechtes zusteht. Die „Übertragung" der Geschäftsführung bedeutet vielmehr weiter nichts, als daß die Geschäftsführung den Gesellschaftern nicht durch ausdrückliche Vereinbarung entzogen worden ist. Derselben Ansicht: Plathner in Gruchots Beitr. z. Erläuterung des deutschen Rechts 1893 37. Jahrg. S. 70, 71; Hahn Vorbem. zu Art. 99 bis 104, § 5; Thöl S. 318. Letzterer spricht von der Möglichkeit, daß die „Übertragung" der Geschäftsführung die Bedeutung einer vertragsmäßigen Befestigung der gesetzlichen Geschäftsführung hat.

Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob das Gesetz bei dem Gebrauch des Wortes Übertragung nur diese Möglichkeit ins Auge fassen will. Überdies würde eine vertragsmäßige Befestigung jeder juristischen Bedeutung entbehren und ohne praktischen Einfluß sein. Auch muß der bei Anschütz u. v. Völderndorff (Bd. 2 S. 190) ausgesprochenen Ansicht entgegengetreten werden, daß, wenn die Übertragung der Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrage ausgesprochen ist, dies der Ausfluß eines besonderen Vertrauensverhältnisses sei, das besonderen Schutz verlange und besonderen Schutz durch das Gesetz erhalten habe. Es ist zwar möglich, daß im einzelnen Falle bei der Übertragung der Geschäftsführung an bestimmte Gesellschafter ein besonderes Vertrauen zum Ausdruck gelangt; dann geschieht dies aber nicht durch die Übertragung als solche, sondern durch Begleitumstände, die im einzelnen Falle die Art dieser Übertragung modifizieren. Überdies trifft zum mindesten nach heutigem Rechte nicht mehr zu, daß ein gesetzlicher Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses in dem den Mitgesellschaftern zugesprochenen Recht bestehe, die „übertragene" Geschäftsführung bei Vorliegen einer rechtmäßigen Ursache zu widerrufen. Nach heutigem Recht (s. unten S. 44) haben die übrigen Gesellschafter das Recht, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes die Geschäftsführungsbefugnis zu kündigen, ganz gleich, ob diese Befugnis dem Gesellschafter durch Vertrag ausdrücklich „übertragen" war, oder ob diese „Übertragung" im Gesellschaftsvertrage nicht ausdrücklich ausgesprochen war.

Nach alledem hat die besondere „Übertragung" der Geschäftsführung als solche im Gesellschaftsvertrage keine rechtliche Bedeutung. Es macht daher grundsätzlich keinen Unterschied, ob der auf die Übertragung der Geschäftsführung gerichtete Wille der Gesellschafter im Vertrage besonders zum Ausdruck gelangt ist oder nicht.

Nur für den Fall, daß der Wille der Gesellschafter dahin geht, daß einer oder mehrere Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden sollen, daß jedoch dieser Wille nicht unmittelbar in dieser Form zum Ausdruck gelangt ist, soll die besondere Übertragung der Geschäftsführung an einen oder mehrere im Gesellschaftsvertrage die Bedeutung haben, daß die übrigen

Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.[1]) Nur diesen Charakter einer vom Gesetz aufgestellten Vermutung über die Auslegung des im Gesellschaftsvertrage zum Ausdruck gelangten Willens der Gesellschafter kann die Vorschrift des § 114 Abs. 2 HGB., die den ebenerwähnten Satz aufstellt, haben. Denn die Auffassung, daß die ausdrückliche „Übertragung" der Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrage an sich bedeutungslos ist und die event. Ausschließung des einen oder anderen Gesellschafters das in erster Linie Gewollte und nicht die Folge der Übertragung der Geschäftsführung an andere Gesellschafter ist, ist m. E. auch die des Gesetzes. Trifft dies aber zu, so wäre es überflüssig, jenen Satz aufzustellen für den Fall, daß die Ausschließung der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung im Vertrage zum Ausdruck gelangt ist. Nur wenn dies nicht geschehen ist, so wird vom Gesetz in dem Falle, daß die Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren der Gesellschafter ausdrücklich zugesprochen ist, ein dahingehender Wille der Gesellschafter vermutet und als dessen Folge der Satz aufgestellt, daß die übrigen Gesellschafter tatsächlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

Die Gesellschafter können nun sowohl in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage wie in einer späteren Verabredung sämtlich auf die ihnen kraft eigenen Rechts zustehende Geschäftsführungsbefugnis verzichten; sie können vereinbaren, daß sie sämtlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein sollen und daß diese einem Fremden zustehen soll. Die Zulässigkeit dieser Vereinbarung ergibt sich, wenngleich sie in der Literatur nicht unbestritten ist,[2]) aus dem Grundsatz, daß die Regelung des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter untereinander in erster Linie dem Willen der Gesellschafter überlassen ist, und daraus, daß gesetzliche Schranken dieser Willkür nicht aufgestellt sind, deren es bedürfte, um eine

[1]) Anschütz spricht in diesem Falle, wo die vertragsmäßige Bestimmung dahin lautet, daß die Geschäfte der Gesellschafter nur durch einen oder mehrere Gesellschafter geführt werden sollen, von „indirekter" Ausschließung der übrigen Gesellschafter.

[2]) Die Zulässigkeit wird z. B. verneint von Knoke S. 61, dagegen bejaht von Renaud S. 289, Lehmann-Ring zu § 114 Nr. 4, Anschütz u. v. Völderndorff zu Art. 99, Makower zu § 114 Anm. 2.

derartige Vereinbarung zu verbieten; denn dem Wesen der Gesellschaft widerspricht es keineswegs, daß die Gesellschafter sämtlich die Geschäftsführung nicht in Person ausüben. Die Geschäfte können vielmehr auch durch einen Fremden geführt werden. Es kann sogar der Fall eintreten, daß die Führung der Geschäfte durch einen Fremden notwendig ist, weil die Gesellschafter selbst durch Abwesenheit, Alter, Krankheit, Beruf oder Standesverhältnisse an der persönlichen Führung der Geschäfte verhindert sind; oder sie kann geboten sein, weil sie von den Gesellschaftsgläubigern bei Akkordverhandlungen zur Bedingung gemacht worden ist.[1]) In jedem Falle jedoch, in dem der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Geschäftsführung vereinbart wird, ist es erforderlich, daß gleichzeitig anderweit über die Person, der die Führung der Geschäfte obliegen soll, Beschluß gefaßt wird; denn die Geschäftsführung überhaupt ist der Gesellschaft wesentlich. Dies gilt unumstößlich für den auf die Gründung der Gesellschaft gerichteten Vertrag. Bei einer späteren Vereinbarung, durch die sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden, ist es möglich, daß auf eine kurze, bestimmte Zeit die Führung von Geschäften überhaupt ruhen, also niemandem obliegen soll; dann muß aber diese Vereinbarung, um gültig zu sein, zugleich dahin gehen, daß nach Ablauf der bestimmten Zeit die Geschäftsführung irgend einer anderen Person, die während dieser Zeit vielleicht erst noch bestimmt werden soll, zustehen soll. In der Regel wird die Geschäftsführung einem Prokuristen übertragen werden mit Rücksicht auf dessen weitgehende gesetzlichen Befugnisse gegenüber Dritten; doch kann sie auch einer anderen mit beliebiger geringerer Vollmacht ausgestatteten Person übertragen werden.

Es ist weiterhin auch möglich, daß in dem Gesellschaftsvertrage ein Gesellschafter oder mehrere, oder gar alle Gesellschafter nicht überhaupt von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden, sondern nur von der Führung bestimmter Geschäfte oder eines Kreises bestimmter Geschäfte der Gesellschaft. In diesem Falle steht die Geschäftsführung, je nach der in Frage kommenden

---

[1]) So Anschütz u. v. Völderndorff Bd. 2 S. 88 Anm. 8 und S. 183 Anm. 7.

Materie, verschiedenen Personen zu. Es fragt sich nun, ob eine derartige Vereinbarung die Wirkung hat, daß die Gesellschafter bezüglich der Materien, von denen sie ausgeschlossen sind, sich jeder Mittätigkeit zu enthalten haben, und daß sie bezüglich der Materien, von denen sie nicht ausgeschlossen sind, eine Einmischung der anderen Gesellschafter nicht zu dulden brauchen. Diese Frage kann nur nach den Umständen des Falles entschieden werden. Ist die Vereinbarung über die Verteilung der Geschäfte in dem Falle, daß einer oder mehrere Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, nur von den Geschäftsführenden oder einem Teil derselben oder in dem Falle, daß kein Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, nur von einem Teil der Gesellschafter getroffen worden, so hat sie zweifellos nur unter den Paziszenten eine Wirkung, nicht aber gegenüber der Gesellschaft. Dieser gegenüber sind daher alle geschäftsführenden Gesellschafter ohne Rücksicht auf die vereinbarten „Administrativmaßregeln" (so Hahn zu Art. 99 § 3) gleichmäßig zur Führung aller Geschäfte berufen.

Doch auch wenn die Verteilung der Geschäfte nicht in einer derartigen, einer Wirkung gegenüber der Gesellschaft entbehrenden Übereinkunft festgesetzt wird, sondern in einem von sämtlichen Gesellschaftern geschlossenen Gesellschaftsvertrage, so braucht dies keineswegs immer die Wirkung zu haben, daß einem Gesellschafter, dem ein bestimmter Geschäftskreis zugewiesen worden ist, ein ausschließliches Recht auf Geschäfte dieser Art zustände.[1]) Dies wird vielmehr nur dann der Fall sein, wenn die Zuweisung eines bestimmten Geschäftszweiges an einen Gesellschafter hauptsächlich mit Rücksicht auf dessen besondere Kenntnisse (technischer, wissenschaftlicher oder kaufmännischer Art) erfolgt ist oder wenn ein bestimmter Geschäftszweig von Natur aus eine einheitliche Erledigung erfordert. In dem ersteren Falle kann es sich bei der Mannigfaltigkeit der Tätigkeiten und der Fähigkeiten zu ihnen um innere Geschäftsbesorgungen, wie Buchführung, Verwaltung der Kasse, Beaufsichtigung des Warenlagers oder technische Leitung

[1]) Hahn (zu Art. 99 § 4), der m. E. wenig gut zwischen „zweckmäßigem Arrangement" und „unwiderruflicher Organisation" scheidet, scheint dies anzunehmen.

der Fabrikation handeln oder um äußere Geschäftsbesorgungen, wie Korrespondenz, Geschäftsreisen, Einkaufs- und Verkaufsgeschäfte. Im letzteren Falle wird es sich in der Regel um die Buchführung handeln, die nach einheitlichen Grundsätzen vorzunehmen ist.

Nach alledem hat Goldmann zu § 114 Ziff. 8 nicht unbedingt recht, wenn er sagt, daß die Vorschrift des § 114 Abs. 2 HGB. auch dann gelte, wenn die Geschäftsführung nur teilweise einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen sei. Es muß vielmehr bei der Entscheidung der Frage, ob in so weit teilweise die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, in jedem Falle die rechtliche Natur jener Vereinbarung und ihr Motiv in dem oben angeführten Sinne untersucht werden.

B. Während nun die Normierung der äußeren Verteilung der Geschäftsführung unter die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage durch gänzlichen oder teilweisen Ausschluß eines, mehrerer oder aller Gesellschafter von der Geschäftsführung bei der offenen Handelsgesellschaft denselben Grundsätzen unterliegt wie bei der bürgerlichen Gesellschaft, weil bei beiden Gesellschaften jener Ausschluß eine Abweichung von dem Grundsatze der gleichen Berechtigung und Verpflichtung jedes Gesellschafters zur Geschäftsführung bedeutet, so ist die Normierung der Art der Beteiligung des einzelnen Gesellschafters an der Geschäftsführung bei der offenen Handelsgesellschaft juristisch anders zu beurteilen als bei der bürgerlichen Gesellschaft. Was bei der einen die Regel ist, ist bei der anderen die Ausnahme.

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht nämlich mit Rücksicht darauf, daß die bürgerliche Gesellschaft nicht nur für dauernde Erwerbszwecke bestimmt ist, sondern ebenso auch für einzelne Geschäfte, davon aus, daß jeder der Gesellschafter mangels anderer Vereinbarung grundsätzlich an jedem Akt der Geschäftsführung teilhaben soll, und bestimmt deshalb, daß die Führung der Geschäfte nur den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehen soll. Das Handelsgesetzbuch setzt dagegen unter Berücksichtigung der „besonderen Bedürfnisse des Geschäftsbetriebes bei handelsgewerblichen Unter-

nehmungen“,[1]) die auf eine einfache und schnelle Erledigung der Geschäfte gerichtet sind, fest, daß grundsätzlich die Geschäftsführung jedem Gesellschafter allein zusteht. Der offene Handelsgesellschafter kann daher, wenn nichts anderes vereinbart ist, die Geschäfte der Gesellschaft führen, ohne erst die anderen Gesellschafter um ihre Zustimmung zu fragen.

Von diesem Grundsatze kann im Gesellschaftsvertrage in verschiedener Weise abgewichen werden. Geht die Abweichung dahin, daß sämtliche geschäftsführende Gesellschafter nur zusammen handeln können, so ist dadurch der Regelfall der bürgerlichen Gesellschaft gegeben. Es liegt dann der Fall der sog. Kollektivgeschäftsführung vor. Diese kann auch in der Weise angeordnet werden, daß nicht sämtliche geschäftsführende Gesellschafter, sondern nur mehrere von ihnen zusammen handeln können. Die Anordnung einer solchen hat für die offene Handelsgesellschaft die Bedeutung eines Verzichtes der geschäftsführenden Gesellschafter auf die ihnen kraft eigenen Rechtes zustehende Befugnis, jeder selbständig die Geschäfte zu führen. Dies ergibt sich aus demselben Grunde, aus dem, wie oben dargelegt, auch der Ausschluß eines Gesellschafters von der Geschäftsführung als Verzicht auf ein ihm eigenes Recht aufzufassen ist. Für diesen Fall hat nun das Gesetz in § 115 Abs. 2 den Rechtssatz aufgestellt, daß es alsdann für jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter bedarf. Es ist hierin in so fern von der entsprechenden Bestimmung des Abs. 1 Art. 100 ADHGB. abgewichen, als im Gegensatz zu dieser nicht eine gemeinsame Mitwirkung bei der Vornahme des Geschäfts gefordert wird, sondern nur die Zustimmung der übrigen kollektivberechtigten Gesellschafter.[2]) Dies hat insbesondere die wichtige praktische Folge, daß, wenn für ein Geschäft eine besondere Form vorgeschrieben ist, diese nicht etwa von allen geschäftsführenden Gesellschaftern erfüllt zu werden braucht. Es ist nicht zu verkennen, daß das Gesetz durch diese Bestimmung weit mehr als früher dem wahren Wesen der Geschäftsführung bei der

[1]) s. Denkschr. S. 259.

[2]) So auch Rudorff zu § 115 Abs. 2 S. 68, der überdies noch darauf hinweist, daß nur bei Gesamtvertretung (§ 125 Abs. 2 HGB.) die gemeinsame Vornahme des Geschäfts erfordert sei.

offenen Handelsgesellschaft gerecht wird. Denn diesem entspricht, auch wenn nicht gerade der Fall der Gefahr im Verzuge vorliegt, eine schnellere Erledigung eines Geschäfts, die auf diese Weise gewährleistet wird, mehr als die schwerfällige Form der früher geforderten gemeinsamen Vornahme. Hieraus ergibt sich, daß auch bei Anordnung kollektiver Geschäftsführung Subjekt derselben nicht die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sind, sondern jeder Gesellschafter allein; nur ist er in so fern in der Ausübung seines Rechtes beschränkt, als er gewisse Geschäfte, nämlich die, denen die übrigen geschäftsführenden Gesellschafter nicht zustimmen, unterlassen muß.

Immerhin gilt auch diese Bestimmung des § 115 Abs. 2 HGB. nur, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Dieser kann auch festsetzen, daß die kollektiv Berechtigten die Geschäfte gemeinsam vorzunehmen haben.

Die vom Gesetz geforderte Zustimmung ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn ein Anspruch der Gesellschaft gegen den kollektiv berechtigten Gesellschafter geltend gemacht werden soll. Wäre auch in diesem Falle seine Zustimmung erforderlich, so hätte der Gesellschafter ein Mittel in der Hand, jederzeit einen Anspruch der Gesellschaft gegen sich durch Verweigerung der Zustimmung zu vereiteln. Dies würde gegen den guten Glauben verstoßen, mit dem sich die Gesellschafter gegenseitig verbunden haben.[1])

Neben der durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzten Kollektivität der Geschäftsführung gibt es, falls der Gesellschaftsvertrag über diesen Punkt überhaupt nichts oder nichts Abweichendes bestimmt, einen Fall der sogen. gesetzlichen Kollektivität.[2]) Dieser Fall tritt ein, wenn es sich um die Bestellung eines Prokuristen handelt. Mit Rücksicht auf die weitgehende gesetzliche Vollmacht des Prokuristen bestimmt das Gesetz in § 116 Abs. 3, daß es zu seiner Bestellung der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter bedarf. Auch hier ist Subjekt der Geschäftsführung der einzelne geschäftsführende Gesellschafter, der mit Zustimmung der übrigen Geschäftsführenden den Bestellungsakt vornimmt bezw.

---

[1]) So Knoke S. 57.

[2]) Dieser Ausdruck ist Gorski S. 77 entnommen.

vornehmen läßt. Zu ihm ist befugt auch ein in der Geschäftsführung beschränkter Gesellschafter, falls nicht etwa die Bestellung eines Prokuristen in den Kreis der Geschäfte fällt, von denen er durch Vertrag ausgeschlossen ist. Andererseits ist die Zustimmung zur Bestellung eines Prokuristen auch von Gesellschaftern, die in der Geschäftsführung beschränkt sind, einzuholen, wenn nicht etwa die Bestellung eines Prokuristen in den Kreis der Geschäfte fällt, von deren Führung sie vertragsmäßig ausgeschlossen sind.[1]) Ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrage weder unmittelbar noch mittelbar, ob dies der Fall ist, so wird man sich, da die Bestimmung des § 116 Abs. 3 Satz 1 eine Sondervorschrift ist und daher der strengen Auslegung bedarf, für das Erfordernis der Zustimmung jedes auch nur teilweise zur Geschäftsführung befugten Gesellschafters zu entscheiden haben. Ist die erforderliche Zustimmung zur Bestellung eines Prokuristen vorhanden, wobei es keinen Unterschied macht, ob es sich um die Neuschaffung einer Prokuristenstelle oder nur um eine anderweite Besetzung der bereits vorhandenen Stelle handelt, so ist es gleichgültig, ob jener Prokurist ein Fremder oder etwa ein von der Geschäftsführung oder von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter ist. Unzulässig ist es nur, einen vertretungsberechtigten Gesellschafter zum Prokuristen zu bestellen. Wie Anschütz und v. Völderndorff zu Art. 101 ausführen, würde eine solche Bestellung etwas Überflüssiges bedeuten, weil im einzelnen Falle die Befugnisse des vertretenden Gesellschafters weiter gehen können als die des Prokuristen, nämlich hinsichtlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken und bei Anordnung der Kollektivgeschäftsführung hinsichtlich des selbständigen Handelns, sobald Gefahr im Verzuge ist. Die von Anschütz aufgestellte Behauptung aber, daß die Bestellung eines geschäftsführenden Gesellschafters als Prokuristen unzulässig sei, weil sie eine Dritten gegenüber unwirksame Beschränkung der Vertretungsbefugnis bedeute, ist deswegen nicht stichhaltig, weil dem geschäftsführenden Gesellschafter nicht notwendig die Vertretungsbefugnis zuzukommen braucht, da, wie oben ausgeführt,

[1]) Weiter scheint Gorski S. 80 zu gehen, da er ohne diesen Vorbehalt in jedem Falle den in der Geschäftsführung Beschränkten die Mitwirkung zuspricht.

ein innerer Zusammenhang zwischen Geschäftsführung und Vertretung nicht besteht. — Es ist endlich auch zu beachten, daß es sich bei der Vorschrift des § 116 Abs. 3 HGB. nur um die Bestellung eines Prokuristen, nicht aber überhaupt um die eines Handlungsbevollmächtigten handelt. Da diese Vorschrift, wie bereits erwähnt, eine Sondervorschrift und daher streng zu interpretieren ist, wird zu der Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten nicht die Zustimmung der geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich sein.[1])

Es entspricht nun einem Bedürfnis des Handelsverkehrs, daß das Gesetz (§ 115 Abs. 2 u. § 116 Abs. 3 Satz 1) sowohl bei der vertraglichen wie bei der gesetzlichen Kollektivität eine Ausnahme von dem Erfordernis der Zustimmung festsetzt für den Fall, daß Gefahr im Verzuge ist. Hierin liegt ein bemerkenswerter Gegensatz zu der Gesamtgeschäftsführung bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wie zu der Gesamtvertretung der offenen Handelsgesellschaft, sofern in beiden Fällen eine Ausnahme von dem Grundsatz der gemeinschaftlichen Geschäftsführung bezw. Vertretung auch bei Gefahr im Verzug nicht gemacht ist.

Über die Frage, wann Gefahr im Verzug vorliegt, herrscht Streit. Zwar ist als feststehend zu betrachten, daß Voraussetzung des Vorliegens von Gefahr im Verzuge nicht die bloße Abwesenheit oder Krankheit eines geschäftsführenden Gesellschafters ist; vielmehr muß noch dazu kommen, daß es unangängig ist, den abwesenden oder kranken Gesellschafter bis zu dem Zeitpunkt zu befragen, zu dem voraussichtlich die Gefahr in wirtschaftlich relevanter Weise in die Erscheinung treten wird[2].) Doch gehen die Ansichten in der Literatur darüber auseinander, ob Gefahr im Verzuge nur dann anzunehmen ist, wenn es sich um die Abwendung eines drohenden wirklichen Schadens handelt, oder auch schon dann, wenn der Verlust eines Gewinnes zu besorgen ist. Für die erstere Ansicht treten ein Goldmann Anm. 21 zu § 115; Puchelt Anm. 3 zu Art. 100; Rudorff zu § 115 Abs. 2; Anschütz zu Art. 100; Renaud S. 274; Gorski S. 74; für die letztere An-

[1]) So Goldmann § 116 Ziff. 14; im Ergebnis auch Gareis-Fuchsberger zu Art. 104 Nr. 74.

[2]) So Goldmann zu § 115 Ziff. 21.

sicht Staub Anm. 7 zu § 115. Während Behrens (Diss. S. 13) meint, daß diese Frage im Prinzip überhaupt nicht zu entscheiden sei, und für den einzelnen Fall auf das Moment der Sicherheit des Eintritts eines Verlustes entscheidendes Gewicht legt, fügt Makower (Anm. II zu § 115) zu der von Staub vertretenen Ansicht, daß die Besorgnis des Verlustes eines Gewinnes überhaupt genüge, noch das Erfordernis hinzu, daß es sich um den Gewinn aus einem bereits schwebenden Geschäfte handelt. Dieser eine Mittelstellung einnehmenden Ansicht Makowers muß beigepflichtet werden mit Rücksicht darauf, daß die offene Handelsgesellschaft (anders als die bürgerliche Gesellschaft als solche) auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist; in einem Erwerbsgeschäfte bedeutet aber nicht nur jede positive Verminderung des vorhandenen Geschäftsvermögens, d. h. nicht nur ein wirklicher „Schaden", sondern auch jedes Entgehen eines Gewinnes aus einem bereits eingeleiteten Geschäft einen wirtschaftlichen Verlust, sofern nur überhaupt der Eintritt dieses Gewinnes nach dem bisherigen Verlauf des Geschäfts kaufmännischer Voraussicht nach sicher war. Diese Sicherheit allerdings ist m. E. Voraussetzung für die Annahme einer Gefahr im Verzuge bei drohendem Verlust eines Gewinns.

Liegt nun also Gefahr im Verzuge vor, so ist nach dem oben Gesagten die für den Regelfall geforderte Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter nicht erforderlich, wenn die Geschäftsführer nur kollektiv berechtigt sind sowie wenn es sich um die Bestellung eines Prokuristen handelt. Sie ist auch dann nicht erforderlich, wenn ein Prokurist durch einen nur kollektivberechtigten geschäftsführenden Gesellschafter bestellt werden soll. Der geschäftsführende Gesellschafter kann daher die Geschäfte selbständig besorgen, ohne sich erst des Einvernehmens der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter zu vergewissern; ja er kann sogar die Geschäfte vornehmen, auch wenn der eine oder andere Gesellschafter, den er doch nach seiner Zustimmung gefragt hat, diese verweigert hat.[1]) Denn der Sinn jener Vorschrift ist nicht etwa der, daß der geschäftsführende Gesellschafter nur die Zustimmung derjenigen

[1]) So Staub zu § 116 Abs. 3 und Gorski S. 75.

nicht einzuholen brauchte, die er in der Kürze der Zeit zu befragen verhindert ist; dann würde der Zweck jener Bestimmung, der lediglich dahin geht, ein Mittel zur Abwendung der Gefahr zu bieten, gerade nicht erreicht sein; die Abwendung der Gefahr könnte durch jeden, der seine Zustimmung verweigert, vereitelt werden und dadurch der offenen Handelsgesellschaft, deren Betrieb im gegebenen Falle ein rasches Handeln erfordert, ein erheblicher Nachteil zugefügt werden.[1])

Immerhin ist der Gesellschafter, wenngleich er im Endergebnis doch berechtigt ist, bei Gefahr im Verzuge selbständig zu handeln, verpflichtet, soweit es möglich ist, sich mit den übrigen geschäftsführenden Gesellschaftern in Verbindung zu setzen und sie um ihre Zustimmung anzugehen, wenn nicht etwa von vornherein der Versuch, mit ihnen in Verbindung zu treten, aussichtslos ist.[2]) Denn die bei Gefahr im Verzuge ohne die sonst erforderliche Zustimmung sämtlicher geschäftsführenden Gesellschafter vorgenommene Handlung ist nur als eine „vorläufige Maßregel zu betrachten, die, sobald tunlich, durch Wiederherstellung des regelmäßigen Zustandes zu ersetzen ist" (so wörtlich Annalen des OLG. Dresden 1887 S. 510). Stellt sich daher nach Vornahme der Handlung heraus, daß diese ihre Zustimmung nicht bei allen geschäftsführenden Gesellschaftern gefunden hat, so ist jetzt, nachdem die angenommene Gefahr beseitigt ist, der Gesellschafter, der die Handlung eigenmächtig vorgenommen hat, zur Rückgängigmachung dieser Handlung verpflichtet. Hierbei sind sowohl er wie diejenigen, die ihre Zustimmung verweigert haben, für ihr Verhalten der Gesellschaft gegenüber verantwortlich, wenn sie die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, nicht angewendet haben.

Als eine Handlung, bei der vom Gesetz immer Gefahr im Verzug als vorhanden angenommen wird, gilt nach der Sonder-

[1]) Das unten zu erörternde Recht des Widerspruchs gegen die beabsichtigte Vornahme eines Geschäfts ist im Falle der kollektiven Geschäftsführung nicht begründet, da es sich gegen die bei der kollektiven Geschäftsführung gerade nicht vorhandene selbständige Berechtigung zur Geschäftsführung richtet, und versagt aus dem angeführten Grunde bei der Bestellung eines Prokuristen.

[2]) Staub zu § 115 Abs. 2; Gorski S. 74/75; Renaud S. 427.

bestimmung des § 116 Abs. 3 Satz 2 HGB. der Widerruf der Prokura. Nach dieser Vorschrift ist zu dem Widerruf der Prokura jeder der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter berechtigt. Es bedarf also hierzu nicht nur nicht der zur Erteilung der Prokura geforderten Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, sondern auch nicht der für die Geschäftsführung eines kollektivberechtigten Gesellschafters geforderten Zustimmung der übrigen Geschäftsführer, weil unter der Voraussetzung, daß im gegebenen Falle ein erheblicher Nachteil für die Gesellschaft durch den Prokuristen mit Rücksicht auf dessen weitgehende gesetzliche Vollmacht zu besorgen ist, die Möglichkeit eines raschen, die Gesellschaft von dieser Besorgnis befreienden Handelns gewährleistet werden soll. Soweit hiernach jeder einzelne von kollektiv geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern, da er durch die erforderliche Erklärung seiner Zustimmung zur „Mitwirkung bei der Erteilung" der Prokura befugt ist, selbständig die Prokura widerrufen darf, stellt sich das heutige Recht in Gegensatz zu dem früheren Recht, da die Befugnis zum Widerruf der Prokura nach Abs. 2 Art. 104 ADHGB. nur dem zur Erteilung derselben befugten Gesellschafter gegeben war (vgl. hierzu Puchelt Anm. 3 zu Art. 104). Wenngleich der Bestimmung des neuen Handelsgesetzbuchs der Gedanke zugrunde liegt, daß beim Widerruf einer Prokura stets Gefahr im Verzug als vorhanden anzunehmen ist, so gilt doch für sie nicht unbeschränkt das oben für die bei Gefahr im Verzuge vorgenommenen Handlungen Gesagte; insbesondere stellt sich der Widerruf nicht nur als eine vorläufige Maßregel dar, die, sobald tunlich, durch Wiederherstellung des regelmäßigen Zustandes wieder zu ersetzen ist. Denn jene Vorschrift des Handelsgesetzbuchs ist eine lediglich auf das eine Geschäft des Widerrufs der Prokura abzielende Sondervorschrift, deren Aufstellung überflüssig wäre, wenn ihr Sinn dahin ginge, daß die widerrufene Prokura alsbald wiederhergestellt werden sollte, falls sie die Zustimmung nicht aller geschäftsführenden Gesellschafter findet.

Aus dem Wesen dieser Vorschrift als einer Sondervorschrift ergibt sich weiter, daß durch sie lediglich der Widerruf der Prokura in der angeführten Weise für zulässig erklärt werden soll,

nicht aber auch, wie Rießer in Goldschmidts Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Bd. 42 S. 322 meint, die Beschränkung der Prokura. Es kann sich hier überhaupt nur um eine Beschränkung mit Wirkung nach innen, d. h. der Gesellschaft gegenüber, handeln oder, soweit der Beschränkung Wirkung nach außen zukommen soll, nur um die Verwandlung von zwei vollen Prokuren in eine Gesamtprokura (vgl. HGB. § 48 Abs. 2) oder die nachträgliche Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Zweigniederlassungen (vgl. HGB. § 50 Abs. 3). Rießer hat jedoch unrecht, wenn er eine derartige Beschränkung einer Prokura gegenüber dem Widerruf einer Prokura als das minus bezeichnet und deswegen jene Sondervorschrift über den Widerruf der Prokura auch für die Beschränkung der Prokura gelten lassen will. Diese ist vielmehr gegenüber dem Widerruf der Prokura ein aliud. Denn wenn jemandem eine Befugnis von dem Berechtigten beschränkt wird, so ist seine Rechtsstellung diesem gegenüber eine andere, als wenn sie ihm vollständig entzogen wird; im letzteren Falle hat er überhaupt keine Rechtsbeziehungen zu ihm; daher kann er im ersteren Falle auch nicht „weniger" Rechtsbeziehungen haben. Für die Beschränkung einer Prokura kommen vielmehr nicht die Sondervorschrift des Satz 2 Abs. 3 des § 116 HGB. zur Anwendung, da diese streng auszulegen ist, sondern die allgemeinen Grundsätze über die Geschäftsführung.[1])

§ 3.

Umfang der Geschäftsführung.

Die Geschäftsführung des offenen Handelsgesellschafters kann erst beginnen, wenn die Gesellschaft zur Entstehung gelangt ist. Für diesen Zeitpunkt ist die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister keineswegs notwendig; vielmehr setzt der Abs. 2 § 123 HGB. ausdrücklich die Möglichkeit fest, daß die Geschäfte schon vor der Eintragung begonnen werden, daß also demnach die Gesellschaft auch schon vor der Eintragung zur Entstehung

[1]) Bolze, Praxis des RG. in Zivils. Bd. 3 Nr. 792; Lehmann u. Ring zu § 116 Nr. 5.

gelangt ist. Die Geschäfte können jedoch nicht eher begonnen werden, als bis sich sämtliche Personen, die Mitglieder der Gesellschaft werden wollen, über alle Punkte des Vertrags, über die eine Vereinbarung getroffen werden sollte, geeinigt haben, d. h. als bis der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen ist. Aus diesem Grunde ist die Bildung des Mitgliederbestandes der Gesellschaft und die Festsetzung des Statuts nicht ein Akt der Geschäftsführung. Nachdem nun die Gesellschaft entstanden ist, erstreckt sich die Geschäftsführung erstens auf die Vorbereitung und die Abwicklung derjenigen Geschäfte, zu deren Zweck die Gesellschaft errichtet ist. Zweitens umfaßt sie die Einbringung, Verwaltung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens und endlich drittens die Führung von Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern oder Dritten, die sich aus den beiden Arten der Geschäftsführung ergeben.[1])

Die Geschäftsführung umfaßt jedoch nicht die Abänderung des Gesellschaftsvertrags und die auf Auflösung des Gesellschaftsvertrags gerichteten Handlungen. Denn das Bestehen der Gesellschaft nach den im Gesellschaftsvertrag aufgestellten Grundsätzen ist erst die Voraussetzung, auf der sich die Geschäftsführung aufbauen kann.

Alle diese eine Geschäftsführung bedeutenden Tätigkeiten können sich nach der Einteilung von Lastig (S. 357) sowohl auf die „innere Verwaltung" wie auf den „äußeren Verkehr" beziehen. Sie können, wie Behrend (S. 468) ausführt, teils auf eine Vermögensleistung, teils auf ein bestimmtes positives oder negatives Verhalten gerichtet sein. Da die Geschäftsführung den gesamten Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft um-

[1]) vgl. Renaud S. 236; Hergenhahn-Tuchatsch S. 103. M. E. mit Unrecht rechnen Planck Vorbem. zu §§ 709—713 und Knoke § 20 die Geltendmachung der Ansprüche auf Leistung der versprochenen Beiträge gegenüber den einzelnen Gesellschaftern nicht zu der Geschäftsführung. Wenngleich dem einzelnen Gesellschafter ein persönlicher Anspruch gegen den anderen auf Leistung der Beiträge zusteht, so handelt er doch, wenn er die Beiträge beitreibt, in seiner Eigenschaft als Gesellschafter; ja, er erfüllt sogar lediglich die im Gesellschaftsvertrag eingegangene Verpflichtung zur Forderung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes.

faßt, so erstreckt sie sich sowohl auf Rechtsgeschäfte wie auf tatsächliche Verrichtungen. Anderer Meinung ist Puchelt, der sich zu Art. 99 ff. dahin äußert: „Die Geschäftsführung bezeichnet

1. das ganze innere Geschäftsverhältnis,

2. nach außen nur die tatsächliche Besorgung der zum Betriebe des Handelsgewerbes der Gesellschaft gehörigen Geschäfte".

Diese Auffassung ist m. E. nicht richtig. Denn der Gesellschafter, der ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abschließt, tritt dadurch nicht nur mit dem Dritten in Rechtsbeziehungen, sondern auch mit der Gesellschaft. Diese Beziehungen zu der Gesellschaft regeln sich aber nach den Vorschriften über die Geschäftsführung, nicht nach denen über die Vertretung. Es ist daher nicht zu sehen, unter welche Kategorie Puchelt die durch den Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten eintretenden Rechtsbeziehungen des Abschließenden zu der Gesellschaft einreihen will.

Eine weitere Einteilung derjenigen Handlungen, auf die sich die Geschäftsführung erstreckt, gibt das Gesetz selbst in § 116, indem es den Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, den kurz sogen. gewöhnlichen Handlungen, die Handlungen, die darüber hinausgehen, die sogen. ungewöhnlichen, gegenüberstellt. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Vornahme beider Arten von Handlungen Akte der Geschäftsführung sind. Aber nach den Bestimmungen des Gesetzes ist der geschäftsführende Gesellschafter — mangels anderer Verabredung — selbständig „befugt" nur zur Vornahme von gewöhnlichen Handlungen, während zur Vornahme von ungewöhnlichen Handlungen ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist.

Bei der Untersuchung, ob eine Handlung eine ungewöhnliche oder eine gewöhnliche ist, ist nicht nur der Inhalt des Gesellschaftsvertrags zu berücksichtigen, sondern auch die bisherige Entwicklung des von der Gesellschaft betriebenen Handelsgewerbes und der augenblickliche Stand desselben. Dazu ist im konkreten Falle die Art des Geschäftes, sein Umfang im Verhältnis zu den sonst bei der Gesellschaft üblichen Geschäften der Art und das Risiko, das das Geschäft mit sich bringt, in Betracht zu ziehen.

Bei dieser Prüfung kann sich die Möglichkeit ergeben, daß das Geschäft dem Zwecke der Gesellschaft überhaupt fremd ist,[1]) weil es entweder im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen ist oder in diesem nicht vorgesehen und auch nicht aus seinem Inhalt als zu dem Kreise der Geschäfte der Gesellschaft gehörig zu schließen ist. Das Geschäft kann sich aber auch herausstellen als ein zwar auf der Grundlage des im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Handelsgewerbes beruhendes, aber für dieses außergewöhnliches Geschäft.

Unter die Kategorie der dem Gesellschaftszwecke fremden Geschäfte fallen z. B., wie Renaud S. 249/50 ausführt, Erlasse von Forderungen der Gesellschaft, Schenkungen aus dem Vermögen der Gesellschaft mit Ausnahme üblicher Gratifikationen, ferner Veräußerungen und Belastungen von Grundstücken der Gesellschaft sowie der Beitritt der Gesellschaft zu einer anderen Firma. Wenn Renaud auch den Abschluß eines Vergleichs in einem schwebenden Prozesse in jedem Falle als dem Zweck der Gesellschaft fremd bezeichnet, so ist dem entgegenzuhalten, daß im konkreten Falle, nämlich wenn die erfolgreiche Durchführung des in der Klage in Anspruch genommenen Rechtes zweifelhaft ist, der Abschluß eines Vergleichs dem wahren Interesse der Gesellschaft sehr dienlich sein kann und daß deswegen, weil die Durchführung des Prozesses überhaupt keineswegs dem Gesellschaftszwecke fremd sein kann, auch die Erledigung desselben durch Vergleich im Interesse der Gesellschaft nicht als ein dem Zweck der Gesellschaft fremdes Geschäft angesehen werden kann.

Zu den Handlungen, die zwar dem Gesellschaftszwecke nicht fremd sind, vielmehr auf der Grundlage des Handelsgewerbes der Gesellschaft beruhen, aber über dessen gewöhnlichen Betrieb hinausgehen, gehören z. B. erhebliche Kreditgewährungen unter Berücksichtigung der Höhe des Kapitals und des Zinsfußes sowie der Länge der Zeit, die Aufnahme eines stillen Gesellschafters (RDHG.

[1]) Das ADHGB. stellte in Art. 103 Abs. 1 unrichtig diese dem Zwecke der Gesellschaft fremden Geschäfte in Gegensatz zu den Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen. Die Kategorie der ersteren fällt vielmehr unter die der letzteren, weshalb im neuen HGB. die besondere Aufführung der ersteren Kategorie unterblieben ist.

Bd. 13 S. 64), erhebliche Vergrößerung des dem Betriebe des Gesellschaftsgeschäftes dienenden Fabrikgebäudes (OLG. Bamberg vom 5. 2. 1901, Rechtspr. d. OLG. von Mugdan u. Falkmann Bd. 3 S. 276).

Zu den gewöhnlichen Handlungen werden in der Regel zu rechnen sein die Neuanschaffung von Maschinen und Utensilien, soweit sie nötig ist, ferner Auskunftserteilungen über die Kreditwürdigkeit eines anderen (RG. Bd. 20 S. 194), Führung von Prozessen für die Gesellschaft. Während die Erteilung von Handlungsvollmachten und die Anstellung von Handlungsgehilfen sich je nach den Umständen des Falles bald als gewöhnliche, bald als ungewöhnliche Handlung darstellen wird, sind kraft der ausdrücklichen Regelung durch das Gesetz die Erteilung und der Widerruf der Prokura grundsätzlich als gewöhnliche Handlungen anzusehen.[1]) Denn die hierfür getroffenen Sonderbestimmungen (HGB. § 116 Abs. 3 Abs. 1 u. 2) decken sich mit dem für die Vornahme von gewöhnlichen Handlungen bestehenden Grundsatze, daß zu ihnen jeder geschäftsführende Gesellschafter allein befugt ist. Daß dies bei der Bestellung eines Prokuristen insbesondere der Fall ist, daß nämlich derjenige Gesellschafter, der die Prokura erteilt, bezüglich dieser Handlung allein Subjekt der Geschäftsführung ist und nur in der Ausübung seiner Befugnis durch das Erfordernis der Zustimmung der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter beschränkt ist, ist oben S. 14 dargelegt worden. Sähe das Gesetz die Erteilung und den Widerruf der Prokura als ungewöhnliche Handlungen an, so müßte es dafür einen Beschluß sämtlicher Gesellschafter fordern. Dies würde einen wesentlichen Unterschied gegen die von dem Gesetze bei der Bestellung des Prokuristen geforderte Zustimmung der geschäftsführenden Gesellschafter bedeuten, sofern dann auch, um den Beschluß „sämtlicher" Gesellschafter zustande zu bringen, die Zustimmung der durch Vertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter und derjenigen vorhanden sein müßte, denen die Geschäftsführungsbefugnis nach § 117 HGB. entzogen worden ist. Dieser Beschluß sämtlicher Gesellschafter, der gefordert wird, damit ein Gesellschafter

[1]) Anders Makower zu § 116 Anm. IIb.

mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft ein ungewöhnliches Geschäft vornehmen kann, ist erforderlich auch dann, wenn Gefahr im Verzuge vorliegt.[1]) Seine Wirkung ist die, daß er von den geschäftsführenden Gesellschaftern in Ausführung zu bringen ist.

§ 4.

Mittel der Geschäftsführung.

Die Tätigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters ist entweder gerichtet auf die Vornahme einer in den Geschäftsbetrieb fallenden Handlung oder auf die Verhinderung einer von einem anderen geschäftsführenden Gesellschafter beabsichtigten Handlung. Zu beiden Arten der Tätigkeit stehen ihm verschiedene, teils auf allgemeinen Grundsätzen beruhende, teils auf ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift beruhende Mittel zu Gebote.

A. Was zunächst die auf die Vornahme einer Handlung gerichtete Tätigkeit betrifft, so steht

1. dem geschäftsführenden Gesellschafter als ursprüngliches und im Wesen der Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft begründetes Mittel die selbständige Vornahme des Geschäftes zur Verfügung. Das Gesetz hebt dies in § 115 Abs. 1 Satz 1 ausdrücklich hervor, indem es bestimmt, daß jeder geschäftsführende Gesellschafter „allein" zu handeln berechtigt ist. Dieser Grundsatz der Einzelberechtigung jedes geschäftsführenden Gesellschafters, der der offenen Handelsgesellschaft insbesondere im Gegensatz zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eigentümlich ist, hat nicht nur die Bedeutung, daß ein Geschäft von jedem einzelnen selbständig ausgeführt werden kann, sondern auch die, daß dessen Vorbereitung, soweit sie für die künftige Ausführung erforderlich ist, jedem einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter selbständig obliegt. Diese Vorbereitungspflicht kommt nicht nur dem zu, der das Geschäft auszuführen in der Lage ist und die Ausführung beabsichtigt, sondern auch dem, der hieran aus gesetzlichen, vertragsmäßig festgesetzten oder aus tatsächlichen Gründen verhindert ist. Daher hat auch jeder einzelne von kollektivberechtigten Geschäftsführern

[1]) ROHG. Bd. 20 S. 247.

gesondert für die Gesellschaft tätig zu werden und die ein Geschäft vorbereitenden Handlungen vorzunehmen; denn im Gesetz wird eine Mitwirkung der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter in der Form der Zustimmung nur für das „Geschäft" selbst, d. h. für die Ausführung des Geschäftes verlangt, nicht aber allgemein für „Handlungen".[1]) Die gleiche Vorbereitungspflicht liegt jedem einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter bezüglich solcher Handlungen ob, an deren selbständiger Vornahme er deswegen behindert ist, weil sie über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen. Da zur Vornahme solcher Handlungen immer ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist, so wird hier die Vornahme von vorbereitenden Handlungen unumgänglich nötig sein. Da dem geschäftsführenden Gesellschafter grundsätzlich der ganze Geschäftsbetrieb obliegt, so ist er allein zur Vornahme dieser Handlungen befugt, wenn er die Notwendigkeit eines ungewöhnlichen Geschäftes erkannt hat.[2]) In so weit hat er, wie sich Anschütz und v. Völderndorff zu Art. 99 ausdrücken, eine Anzeigepflicht, sofern er vor der Vornahme des Geschäfts selbst sämtliche, auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zu befragen hat.

2. Handelt es sich nicht um die Vornahme von tatsächlichen Verrichtungen, sondern um den Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit Dritten, so versagt die dem Geschäftsführenden grundsätzlich zustehende Befugnis der selbständigen Ausführung des Geschäftes, da es ihm nicht zukommt, die Gesellschaft mit Wirkung nach außen zu berechtigen oder zu verpflichten.[3]) Diese Befugnis steht vielmehr nach § 125 HGB. nur dem vertretungsbefugten Gesellschafter zu. Der zwar zur Geschäftsführung, nicht aber zur Vertretung befugte Gesellschafter kann daher nicht im Namen der Gesellschaft Rechtsgeschäfte mit Dritten abschließen. Wenn nun gleichwohl die Geschäftsführung an sich, wie oben dargelegt, auch Rechtsgeschäfte mitumfaßt, der geschäftsführende Gesellschafter aber zum gesamten Betriebe der Geschäfte befugt ist, so kann er diese

[1]) Gorski S. 72.
[2]) Gorski S. 43.
[3]) Gorski S. 52.

Befugnis, soweit der Abschluß von Rechtsgeschäften in Frage kommt, nicht anders ausüben, als daß er andere Personen, insbesondere die vertretungsbefugten Gesellschafter, zum Abschluß der Rechtsgeschäfte anweist. Da die Befugnis der geschäftsführenden Gesellschafter zur Vornahme der zu dem Betriebe des Handelsgewerbes gehörigen Handlungen eine ausschließliche ist und da andererseits die vertretungsbefugten Gesellschafter wie alle Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag zur Förderung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes verpflichtet haben, so haben die vertretungsbefugten Gesellschafter, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, den Weisungen der geschäftsführenden Gesellschafter Folge zu leisten.

Von dem Fall des Abschlusses von Rechtsgeschäften mit dritten Personen ist verschieden zu behandeln der Fall des Abschlusses von Rechtsgeschäften für die Gesellschaft mit einem der Gesellschafter. Zu einem solchen ist auch der geschäftsführende Gesellschafter selbst ermächtigt. Denn der Mitgesellschafter, mit dem er kontrahiert, tritt, auch wenn er nicht in Ausübung eines Rechts oder in Erfüllung einer Pflicht gegenüber der Gesellschaft handelt, sondern gewissermaßen als Privatperson, gleichwohl nicht als Dritter, der Gesellschaft Fernstehender auf, sondern als Gesellschafter. Seine Handlung läßt sich weder wirtschaftlich noch rein juristisch von seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter loslösen und hat daher nur den Charakter der Geschäftsführung, nicht der Vertretung. Für sein Rechtsverhältnis zu der Gesellschaft kommen daher nur die Vorschriften über das innere Verhältnis der Gesellschafter untereinander in Anwendung.[1])

Wie der geschäftsführende Gesellschafter demnach Rechtsgeschäfte, durch die die Gesellschaft gegenüber einem anderen Gesellschafter berechtigt und verpflichtet wird, selbst vornehmen kann, ohne sich zur Ausführung eines vertretungsbefugten Gesellschafters zu bedienen, so kann er auch die Rechte aus einem solchen Geschäfte im Wege des Rechtsstreits selbst geltend machen. Der geschäftsführende Gesellschafter ist daher ermächtigt, auch Prozesse für die

[1]) So auch Hahn S. 468; Gorski S. 53; Behrend S. 538; anders Cosack und RG. Bd. 36 S. 63.

Gesellschaft gegen einen Gesellschafter zu führen, da die von ihm vorzunehmenden Prozeßhandlungen unmittelbar nur Wirkung haben gegenüber seinem Prozeßgegner, einem Mitgesellschafter, dem gegenüber nur die Vorschriften über das innere Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander maßgebend sind.[1])

3. Ein weiteres Mittel der Geschäftsführung ist die Erteilung der Zustimmung zu der von einem anderen beabsichtigten Handlung, die zur Zulässigkeit dieser Handlung dann erforderlich ist, wenn die Geschäftsführung mehreren oder allen Gesellschaftern nur kollektiv zusteht, oder wenn es sich um die Bestellung eines Prokuristen handelt. Die hier vom Gesetz geforderte Zustimmung braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden; es genügt vielmehr eine stillschweigende, durch konkludente Handlung sich betätigende Zustimmung. Sie braucht nicht vor der Vornahme der Handlung erklärt zu werden, sondern kann auch nachträglich erklärt werden. Es unterliegt dem freien Willen der Gesellschafter, die Zustimmung zu der Handlung zu geben oder zu verweigern. Bei ihren Entscheidungen haben sie nur gemäß der von ihnen eingegangenen Verpflichtung, die Zwecke der Gesellschaft zu fördern, zu verfahren. Dabei haben sie die Sorgfalt anzuwenden, die sie in ihren eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (BGB. § 708 mit HGB. § 105 Abs. 2). Wenden sie diese nicht an und entsteht entweder durch die Abgabe der Zustimmung oder durch die Verweigerung der Zustimmung der Gesellschaft ein Schaden, so sind sie für diesen haftbar und müssen gewärtigen, daß sie infolge ihrer Handlungsweise ausgeschlossen werden, oder daß die Gesellschaft aufgelöst wird (HGB. §§ 140 u. 133), oder daß ihnen die Geschäftsführung entzogen wird (HGB. § 117). Die Abgabe der Zustimmung kann jedoch von dem Gesellschafter nicht erzwungen werden; es kann auf sie nicht geklagt werden, und sie kann nicht durch richterliche Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 894 ZPO. ersetzt werden, wenn nicht etwa der Gesellschafter sich vorher in gültiger Form zur Erteilung der Zu-

[1]) So Hahn Bd. 1 S. 468 und Gorski S. 69; anders Behrend S. 471 Anm. 18 u. S. 539 Anm. 12.

stimmung verpflichtet hatte.[1]) Eine solche Klage ist — abgesehen davon, daß sie dem Recht des Gesellschafters, nach eigenem Gutdünken mit der ihm eigenen Sorgfalt dem Gesellschaftszwecke förderlich zu sein, widerstreiten würde — schon aus dem Grunde unzulässig, weil es sich vor der fraglichen Handlung nie und nach ihr eine geraume Zeit hindurch nicht feststellen lassen wird, ob die Handlung dem wirklichen Interesse der Gesellschaft entspricht.

4. Endlich übt der Gesellschafter, soweit eine über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehende Handlung in Betracht kommt, seine Befugnis zur Geschäftsführung aus durch Mitwirkung bei der Beschlußfassung, an der sich, wie oben dargelegt, alle Gesellschafter, also auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, zu beteiligen haben. Mit Unrecht sprechen Anschütz und v. Völderndorff (S. 180 ff.) hier von dem Mitwirkungsrechte des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters an der Beschlußfassung als einem Widerspruchsrechte. Diese Mitwirkung besteht durchaus nicht nur in der Erhebung von Widerspruch, sondern gerade in allen Fällen, in denen ein Beschluß nach positiver Seite zustande kommt, in der Erklärung der Zustimmung. Es bedarf sogar nach § 119 HGB., damit ein solcher Beschluß zustande kommt, immer der Zustimmung jedes einzelnen, auch des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters, falls nicht etwa der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Dieses Einstimmigkeitsprinzip erleidet jedoch dann eine Ausnahme, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Gesellschafter oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft. Dann ist der betreffende Gesellschafter nicht stimmberechtigt. Dies ergibt sich nicht nur aus einer analogen Anwendung der Vorschrift des § 34 BGB., die m. E. zulässig ist, obwohl diese sich an sich auf einen rechtsfähigen Verein bezieht und die offene Handelsgesellschaft ein solcher nicht ist,[2]) sondern auch

[1]) Vers. A. Goldmann zu § 115 Ziff. 19; Staub zu § 115; Renaud S. 273; Hergenhahn-Tuchatsch S. 113; wohl auch Dernburg § 358 III, 1; and. A. Knoke S. 57.

[2]) Anders Makower § 119 Anm. II; jedoch ebenso Lehmann u. Ring § 116 Nr. 2, die dies sogar für „selbstverständlich" halten.

aus der Erwägung, daß es ohne diese Vorschrift dem Gesellschafter, gegen den sich der Beschluß richten soll, möglich wäre, jede Beschlußfassung gegen sich zu verhindern. Der Gesellschafter würde sich zwar auch so der Gesellschaft gegenüber für den Schaden verantwortlich machen, der ihr aus seinem Verhalten erwüchse; sein Verhalten würde unter Umständen einen wichtigen Grund bieten für den Antrag der übrigen Gesellschafter auf Entziehung seiner Geschäftsführungsbefugnis oder auf Auflösung der Gesellschaft oder Ausschließung aus der Gesellschaft. Aber er würde doch durch seine Verweigerung der Zustimmung ein Mittel in der Hand haben, eine im gegebenen Falle vielleicht zur Abwendung einer Gefahr dringend nötige Maßregel gegen sich zu vereiteln.

B. Soweit die Tätigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters auf die Verhinderung einer von einem anderen beabsichtigten Handlung gerichtet ist, kommt

1. die dem Geschäftsführer durch § 115 Abs. 1 Halbsatz 2 zugesprochene Befugnis zur Erhebung von Widerspruch in Betracht. Für den sie Ausübenden stellt sie sich als eine nicht unmittelbar im Begriff der Geschäftsführung des offenen Handelsgesellschafters liegende Befugnis, als eine ihm vom Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen verliehene Erweiterung seiner Befugnisse dar, während sie gegenüber demjenigen, gegen den sie sich richtet, eine gesetzlich festgelegte Beschränkung der an sich jedem Gesellschafter zukommenden Befugnis zur selbständigen Führung der Geschäfte bedeutet. Daraus, daß jeder Gesellschafter in seiner Person zugleich derjenige ist, dem die Befugnis zur Erhebung von Widerspruch zusteht, wie derjenige, gegen den sie sich richtet, ergibt sich, daß im einzelnen Falle jeder Gesellschafter nur dann einer Handlung widersprechen darf, wenn diese in den Kreis der ihm selbst zustehenden Handlungen fällt. Sind demnach durch Gesellschaftsvertrag verschiedene Materien bestimmten Gesellschaftern mit der Wirkung zugeteilt, daß diese Gesellschafter ein ausschließliches Recht auf sie haben, so haben die übrigen Gesellschafter bezüglich der zu diesen Materien gehörigen Handlungen keine Befugnis zur Erhebung von Widerspruch. Ist ein Gesellschafter ganz von der Geschäftsführung ausgeschlossen, so steht ihm grundsätzlich kein Widerspruchsrecht zu. Erhebt er trotzdem gegen eine von einem

geschäftsführenden Gesellschafter beabsichtigte Handlung Widerspruch, so handelt er nur als „Geschäftsführer ohne Auftrag"; sein daraus entspringendes Rechtsverhältnis zur Gesellschaft, insbesondere seine Haftung und der Ersatz seiner mit der Geschäftsführung verbundenen Auslagen, regelt sich nicht nach Gesellschaftsrecht, sondern nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Da das Gesetz die Befugnis zur Erhebung von Widerspruch nur zu dem Zwecke festsetzt, der durch den Grundsatz der selbständigen Geschäftsführungsbefugnis jedes einzelnen Gesellschafters möglicherweise eintretenden Gefahr einen Riegel vorzuschieben, so greift sie auch nur da Platz, wo diese Gefahr überhaupt eintreten kann, d. h. wo jeder Gesellschafter selbständig Geschäfte für die Gesellschaft vornehmen kann. Das „Widerspruchsrecht" besteht daher grundsätzlich nicht gegenüber allen Handlungen, zu denen infolge Anordnung kollektiver Geschäftsführung die Zustimmung aller Geschäftsführer erforderlich ist. In konsequenter Durchführung dieses Grundsatzes muß betont werden, daß ein einzelner, nur kollektiv zur Geschäftsführung befugter Gesellschafter auch dann das Widerspruchsrecht gegen eine von einem anderen kollektiv befugten Gesellschafter beabsichtigte Handlung nicht hat, wenn Gefahr im Verzug ist. Für diesen Fall gilt vielmehr die Sonderbestimmung des § 115 Abs. 2 HGB., daß bei Gefahr im Verzuge die Zustimmung der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter nicht erforderlich ist, unbeschadet des von einem anderen kollektiv geschäftsführungsbefugten Gesellschafter erhobenen Widerspruchs.[1] Stände auch hier jedem einzelnen das Recht des freien Widerspruchs zu, so könnte der Zweck jener Sonderbestimmung, bei Gefahr im Verzuge eine im Gesellschaftsinteresse erforderliche Handlung schnell vornehmen zu können, durch jeden auch leichtfertig erhobenen Widerspruch vereitelt werden.

Ebenso wie bei der durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzten Kollektivität der Geschäftsführung ist das Recht zur Erhebung des Widerspruchs nicht vorhanden bei der kraft Gesetzes im Falle der Bestellung eines Prokuristen eintretenden Kollektivität. Auch

[1] Anders Gorski S. 88.

wenn in diesem Falle Gefahr im Verzug obwaltet, ist ein geschäftsführender Gesellschafter nicht berechtigt, durch Erhebung eines Widerspruchs die Durchführung jener Ausnahmebestimmung, daß bei Gefahr im Verzug zur Bestellung eines Prokuristen die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter nicht erforderlich ist, zu verhindern. Ebenfalls aus dem Charakter der Bestimmung des § 116 Abs. 3 Satz 2, daß der Widerruf der Prokura von jedem der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen kann, als einer Ausnahmebestimmung gegenüber den Regeln des § 115 ergibt sich, daß ein Widerspruch gegen den beabsichtigten Widerruf einer Prokura unzulässig ist.[1])

In allen diesen Fällen handelt es sich um Sonderrechte, die jedem einzelnen Gesellschafter im Interesse einer schnellen Erledigung des Geschäftsbetriebes in bestimmten Fällen zugesprochen sind. Sollte auch die Ausübung dieser Sonderrechte durch die Erhebung eines Widerspruchs seitens eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters verhindert werden können, so hätte dies ausdrücklicher Hervorhebung im Gesetze bedurft. Es entspricht weiter den Grundsätzen von Treu und Glauben, daß ein Gesellschafter nicht berechtigt ist, gegen eine Handlung Widerspruch zu erheben, durch die ein anderer Gesellschafter irgendein gesellschaftliches Interesse gegen ihn selbst wahrnimmt.[2]) Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn er gegen den Widersprechenden „Ansprüche geltend macht, zu denen er auf Grund der actio pro socio berechtigt ist" (ROHG. Bd. 25 S. 163), sondern auch dann, wenn er z. B. mit den übrigen Gesellschaftern den Antrag auf Entziehung seiner Geschäftsführungsbefugnis nach § 117 HGB. stellt. In solchen Fällen könnte, wenn der Widerspruch zulässig wäre, der Gesellschafter jede gegen ihn gerichtete Maßnahme der Gesellschaft durch seinen Widerspruch illusorisch machen.

[1]) Ebenso Denkschr. S. 86; Thöl § 92 II S. 311; Makower zu § 115 Anm. I; Staub zu § 116 Abs. 3; Gorski S. 86; anders Goldmann zu § 116 Ziff. 23, der das Recht des Widerspruchs nur den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern versagt.

[2]) Lehmann-Ring zu § 115 Nr. 1.

Da der Widerspruch zu dem Zwecke erhoben wird, eine von einem anderen Gesellschafter beabsichtigte, für die Gesellschaft nachteilige Handlung zu verhindern, also gegenüber einer positiven Handlung einen negativen Erfolg zu bewirken, so wird es erforderlich sein, daß der Widerspruch, wenn nicht gerade ausdrücklich, so doch in einer diesen Zweck unzweideutig zu erkennen gebenden Weise erklärt wird. Er muß sich ferner nur gegen eine bestimmte Handlung richten, die ein anderer Gesellschafter vorzunehmen beabsichtigt, ist daher ungültig, wenn er ein allgemeines Verbot einer Reihe von Handlungen, die zur Geschäftsführung gehören, enthält („genereller Widerspruch") oder wenn er erhoben wird, nachdem die Handlung bereits vorgenommen ist. Das Widerspruchsrecht ist grundsätzlich ein freies und nach Willkür auszuübendes Recht jedes geschäftsführenden Gesellschafters. Eine Klage auf Unterlassung des Widerspruchs oder auf Rücknahme des Widerspruchs gibt es nicht, da es das Recht und die Pflicht jedes Gesellschafters ist, nach eigenem Gutdünken unter Anwendung der ihm eigenen Sorgfalt für die Gesellschaft tätig zu werden. Nur dann besteht dieses Recht nicht und ist daher das Widerspruchsrecht versagt, wenn eine Handlung auf Grund eines Gesellschaftsbeschlusses ausgeführt werden soll. Hat der Gesellschafter bei der Fassung des Gesellschaftsbeschlusses ursprünglich seine Zustimmung zu der beabsichtigten Handlung gegeben und ist daraufhin auch der auf die Ausführung der Handlung gerichtete Beschluß zustande gekommen, so ist der Gesellschafter an diese Erklärung gebunden und darf nicht später die Ausführung des Beschlusses vereiteln. Hat er aber in dem Falle, daß nach dem Gesellschaftsvertrage bei der Beschlußfassung die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden hat, von vornherein seine Zustimmung verweigert und ist trotzdem der auf die Ausführung der Handlung gerichtete Beschluß der Mehrheit zustande gekommen, so muß er sich dem Willen der Mehrheit fügen und darf deren Beschluß nicht durch Erhebung eines Widerspruchs vereiteln. Denn sonst wäre die Beschlußfassung überhaupt zwecklos.[1])

[1]) Anders Cosack, der sagt: „Davon, daß die Mehrheit der Gesellschafter die Minderheit durch ihre Beschlüsse binden könnte, ist keine Rede; denn jeder hat das Recht des freien Widerspruchs".

Wer unter Außerachtlassung der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ja vielleicht schikanös unsachgemäßen Widerspruch erhebt, der macht sich für den daraus der Gesellschaft entstehenden Schaden verantwortlich und gibt unter Umständen den übrigen Gesellschaftern einen Grund zum Antrag auf Entziehung seiner Geschäftsführungsbefugnis oder auf Ausschließung von der Gesellschaft oder Auflösung der Gesellschaft. Wenngleich jedoch der Widerspruch unsachgemäß ist und möglicherweise zu Schadensersatz verpflichten kann, so ist seine Wirkung doch, abgesehen von den obenerwähnten Fällen, in denen er unzulässig ist, die, daß die beabsichtigte Handlung „unterbleiben muß". Dies ist der Fall auch dann, wenn Gefahr im Verzug ist oder wenn die Gesellschaft zu der Handlung rechtlich verpflichtet ist. Es ist daher unrichtig, wenn Anschütz u. v. Völderndorff zu Art. 102 sagen, daß bei Handlungen, die die Gesellschaft kraft einer Rechtspflicht vornehmen muß, der Widerspruch keine Wirkung haben könne, da die Gesellschaft gerichtlich zu der Handlung gezwungen werden kann. Solange die prozeßrechtlichen Voraussetzungen für die Ausübung eines Zwanges seitens des Gerichtes nicht erfüllt sind, hat der Widerspruch sehr wohl eine deutlich zu merkende Wirkung, die insbesondere im gegebenen Falle auch nur im Interesse der Gesellschaft liegen kann, so z. B. wenn der Widerspruch gegen die beabsichtigte Aufnahme eines Darlehns zur Bezahlung einer Gesellschaftsverbindlichkeit erhoben wird und die augenblickliche Zahlungsunfähigkeit bis zur Erlangung eines Zwangsvollstreckungstitels durch ein laufendes Geschäft beseitigt wird.

Es hat also jeder Gesellschafter das Recht, die Handlung eines anderen Gesellschafters mit der Wirkung zu verhindern, daß dieser sich der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig macht, wenn er trotz des Widerspruchs die Handlung vornimmt. Freilich beschränkt sich diese Wirkung auf das Innenverhältnis der Gesellschafter. Handelt der Gesellschafter, der ungeachtet des Widerspruchs eine Handlung vornimmt, innerhalb seiner Vertretungsmacht, so ist die Handlung nach außen gültig; nur der Gesellschaft gegenüber handelt er auf eigene Gefahr und ist ihr zum Ersatz des ihr aus der Vornahme der Handlung entstehenden Schadens

auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt (BGB. § 678). Doch selbst wenn ein Schaden nicht entstanden ist, bleibt die bewußt trotz des Widerspruchs eines anderen vorgenommene Handlung der Gesellschaft gegenüber eine widerrechtliche, da der Handelnde wußte, daß sie dem wirklichen Willen eines anderen Gesellschafters widersprach (vgl. BGB. § 677). Diesen muß er nach dem Grundsatze: melior est condicio prohibentis beachten, da er nicht wissen kann, ob der Widersprechende triftige Gründe für die Erhebung des Widerspruchs hat, die für das Interesse der Gesellschaft ausschlaggebend sind.[1]) Nur dann ist seine Handlung trotz des Widerspruchs eine berechtigte, wenn ohne sie eine Pflicht der Gesellschaft, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde (BGB. § 679). Nur in diesem Falle kann er die aus seiner Handlung ihm erwachsenden Aufwendungen ersetzt verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte (BGB. § 679).

2. In den Fällen, in denen entweder kraft des Gesellschaftsvertrages oder kraft des Gesetzes der einzelne Gesellschafter nicht selbständig zur Führung von Geschäften befugt ist, in denen es vielmehr der Zustimmung aller oder mehrerer Gesellschafter bedarf, ist, wie oben erwähnt, die Befugnis des „Widerspruchs" nicht vorhanden. Es sind das die Fälle der vertragsmäßigen sowie der gesetzlichen Kollektivität und die Fälle, bei denen es sich um die Vornahme von ungewöhnlichen Geschäften handelt, zu denen also ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist. Hier erfolgt die Tätigkeit des Gesellschafters, die auf die Verhinderung einer von einem anderen beabsichtigten Handlung gerichtet ist, einfach durch Versagung der erforderlichen Zustimmung. Wenngleich diese Tätigkeit in derselben Weise in die Er-

[1]) Es trifft daher nicht zu, wenn das Urteil des OLG. Hamburg v. 8. 12. 1884 (s. Seufferts Arch. 1886 S. 187) sagt, „der Einwand der Rechtswidrigkeit wegen erhobenen Widerspruchs könne elidiert werden durch den Nachweis, daß nach den Umständen jene Handlung im Interesse der Gesellschaft nützlich und geboten war und daß der nackte Widerspruch des Sozius ohne gleichzeitige Wahrnehmung der dadurch gefährdeten Gesellschaftsinteressen dem guten Glauben, den sich die Gesellschafter gegenseitig schulden, widersprach".

scheinung tritt wie die Erhebung des „Widerspruchs“ und im allgemeinen denselben Grundsätzen unterliegt wie die oben entwickelten, bei der Erhebung des „Widerspruchs“ geltenden, so ist die Wirkung der Versagung der erforderlichen Zustimmung doch eine andere als die des „Widerspruchs“. Während eine Handlung, gegen die Widerspruch erhoben wird, in allen Fällen unterbleiben muß, steht die Versagung der Zustimmung im Falle der Anordnung kollektiver Geschäftsführung und bei der Bestellung eines Prokuristen der Vornahme der Handlung dann nicht entgegen, wenn Gefahr im Verzug obwaltet. Handelt es sich um die Vornahme einer ungewöhnlichen Handlung und gilt nach dem Gesellschaftsvertrage für die Beschlußfassung nicht das Einstimmigkeitsprinzip, sondern das Majoritätsprinzip, so ist selbstverständlich, daß eine Handlung auch trotz der Versagung der Zustimmung eines einzelnen Gesellschafters ausgeführt werden kann oder muß, wenn ihre Ausführung von der Majorität beschlossen worden ist.

C. Als Mittel für eine sachgemäße Entschließung des geschäftsführenden Gesellschafters darüber, in welcher Weise er kraft seiner Geschäftsführungsbefugnis für die Gesellschaft tätig werde, steht ihm ein Kontrollrecht über die Geschäftsführung der übrigen Gesellschafter zu. Dieses von Goldschmidt (System des Handelsrechts 4. Aufl. S. 134) als Mitverwaltungsrecht bezeichnete Recht ist ihm durch § 118 HGB. ausdrücklich zugesprochen worden. Es ist jedoch von vornherein zu betonen, daß dieses Kontrollrecht des § 118 HGB. nicht dem geschäftsführenden Gesellschafter als solchem zusteht, sondern ebenso auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter. Es ist sonach für den Bestand dieses Rechtes nur die Eigenschaft der Zugehörigkeit zur Gesellschaft wesentlich. Gerade daraus, daß das Kontrollrecht, das offenbar den Zweck hat, dem Gesellschafter durch persönliche Unterrichtung von dem Stand der Geschäfte Gelegenheit zu eigenem Eingreifen zu geben, in gleicher Weise dem geschäftsführenden wie dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zusteht, ergibt sich für den letzteren das Recht und die Pflicht, durch Benachrichtigung der geschäftsführenden Gesellschafter die nötigen Schritte zur Abwendung von Gefahren zu veranlassen, die er bei der Aus-

übung des Kontrollrechtes erkannt hat.[1]) Da jedoch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter, auch wenn es sich um die Abwendung drohender Gefahren handelt, Geschäfte für die Gesellschaft nicht selbst vornehmen darf,[2]) sondern dies dem von ihm über die Gefahr belehrten geschäftsführenden Gesellschafter überlassen muß, so wird auch hier für den letzteren die Ausübung des Kontrollrechtes durch den ausgeschlossenen Gesellschafter zu einem Mittel für seine Entschließung über die Art seiner Tätigkeit.

Den Inhalt des Kontrollrechtes legt das Gesetz selbst fest, indem es darunter das Recht des Gesellschafters begreift, „sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus ihnen eine Bilanz anzufertigen". Wenn das Gesetz hier das Recht der Bilanzanfertigung ausdrücklich erwähnt, so hat das nicht die Bedeutung, daß, wie Lehmann u. Ring zu § 118 Nr. 5 annehmen, die Einsicht in die Bücher nur zu dem Zwecke der Anfertigung der Bilanz gestattet wäre. Vielmehr ist die Bilanzanfertigung nur als der am weitesten gehende Zweck der Einsicht in die Bücher hervorgehoben, so wie auch die Erwähnung des Einsichtsrechts überhaupt nur zur Charakterisierung des Inhaltes des Rechtes, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, erfolgt ist. Das Recht der Einsicht in die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft ist an sich an die Person des Gesellschafters geknüpft und darf nicht auf einen Fremden übertragen werden, da es Fremden nicht zukommt, einen Einblick in die Geschäftsbücher der Gesellschaft zu gewinnen. Während demnach das Einsichtsrecht durch gewillkürte Vertreter nicht ausgeübt werden darf, ist dessen Ausübung durch gesetzliche Vertreter zulässig, wenn es sich um geschäftsunfähige Gesellschafter handelt oder wenn eine juristische Person Teilhaber der Gesellschaft ist.

---

[1]) vgl. auch Gorski S. 26, der diese Verpflichtung des ausgeschlossenen Gesellschafters eine überwiegend negative nennt.

[2]) Die Ansicht Behrends S. 491, im Zweifel sei anzunehmen, daß die Ausschließung eines Gesellschafters von der Geschäftsführung bei Gefahr im Verzug keine Geltung haben solle, trifft aus materiellen und formellen Gründen nicht zu.

Da jedoch oftmals der eine oder andere Gesellschafter infolge mangelnder Kenntnis des Buchführungswesens nicht in der Lage sein wird, selbst mit Erfolg das Recht der Büchereinsicht auszuüben, so ist die Zuziehung eines Sachverständigen regelmäßig für zulässig zu erachten (RG. v. 8. 6. 1907 im Recht 1907 S. 905). Im Falle eines Rechtsstreites braucht derjenige, der einen Sachverständigen zuziehen will, nicht zu beweisen, daß er selbst zur Prüfung der Bücher unfähig ist und daß die Tätigkeit des Sachverständigen eine Belästigung der übrigen Gesellschafter oder eine Gefährdung der Gesellschaft nicht bedeutet; vielmehr muß der Gegner den Nachweis dafür führen, daß die Zuziehung des Sachverständigen überflüssig sei oder seine Tätigkeit belästigend oder gefahrbringend sei (RG. Bd. 25 S. 88).[1])

Das Einsichtsrecht erstreckt sich, wie § 118 HGB. sagt, auf die Handelsbücher und die Papiere „der Gesellschaft". Eine große Anzahl von Schriftstellern (darunter Renaud S. 326; Staub zu § 118 Anm. 2) vertritt in Anlehnung an eine Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 296/97 die Ansicht, daß jeder Gesellschafter ohne weiteres das Recht der Einsicht auch in die Privatbücher eines einzelnen Gesellschafters hat, wenn dieser die seine Geschäftsführung betreffenden Eintragungen in seine Privatbücher gemacht hat. Diese Auffassung steht m. E. in Widerspruch mit den Vorschriften zum Schutze des Privateigentums. Im allgemeinen wird sich daher das Einsichtsrecht auf die im Eigentum der Gesellschaft stehenden Bücher und Papiere beschränken; nur unter den Voraussetzungen der §§ 45 ff. HGB., der §§ 422 ff. ZPO. und der §§ 809 ff. BGB., d. h. immer nur im Laufe eines Rechtsstreits, wird ein Gesellschafter verlangen können, daß ihm ein anderer Gesellschafter die Einsicht in seine über die Geschäftsführung für die Gesellschaft ausweisenden Privatbücher gestatte.[2])

Das in dieser Weise vom Gesetz festgelegte Kontrollrecht ist für den Gesellschafter so wesentlich, daß, wie der Abs. 2 des § 118 HGB. bestimmt, eine es ausschließende oder beschränkende Vereinbarung seiner Geltendmachung dann nicht entgegensteht, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

---

[1]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 130, 131.

[2]) Ähnlich Makower zu § 118 Anm. II c 2.

Reicht diese Einsicht in die Bücher jedoch infolge der Mangelhaftigkeit ihrer Führung nicht aus, um dem Gesellschafter ein klares Bild über die Führung eines Geschäfts für die Gesellschaft zu geben und ihm so eine sachgemäße Entschließung über weitere Maßnahmen in der Geschäftsführung zu ermöglichen, so ist ihm ein weiteres Mittel hierzu gegeben in dem Anspruche, von demjenigen, der ein Geschäft für die Gesellschaft besorgt, über den Stand des Geschäfts Auskunftserteilung und nach der Ausführung des Geschäfts Rechenschaftsablegung zu verlangen. Die Verpflichtung des geschäftsführenden Gesellschafters hierzu ergibt sich aus dem § 105 Abs. 2 HGB. in Verb. mit dem § 713 BGB., in dem die Anwendung der Vorschrift des für den Auftrag geltenden § 666 BGB. für zulässig erklärt wird, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt. Die letztere Einschränkung trifft m. E. für den Geschäftsführer der offenen Handelsgesellschaft gerade zu, soweit in dem § 666 BGB. die Verpflichtung des Geschäftsführers ausgesprochen ist, die erforderlichen Nachrichten zu geben. Diese Nachrichtspflicht erfüllt der Geschäftsführer der offenen Handelsgesellschaft bereits dadurch, daß er nach den Vorschriften der §§ 38 ff. HGB. seine Handelsgeschäfte in den Büchern der Gesellschaft ersichtlich macht. Anders verhält es sich mit den ebenfalls in dem § 666 BGB. aufgestellten Verpflichtungen zur Auskunfterteilung und Rechenschaftsablegung. Wenngleich diese — anders als die Nachrichtspflicht — nicht ohne weiteres, sondern nur nach vorgängiger Aufforderung zu erfüllen sind, so sind sie doch in einem bestimmten Falle sehr wesentlich und unentbehrlich: nämlich dann, wenn die Bücher nicht ordnungsgemäß geführt sind und daher ihre Einsicht den Gesellschafter keinen genügenden Aufschluß gewinnen läßt. In diesem Falle — aber auch nur in diesem Falle — ist der geschäftsführende Gesellschafter verpflichtet, auf Verlangen über den Stand des Geschäftes Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Geschäftes Rechenschaft abzulegen. Diese Verpflichtung besteht gegenüber demjenigen Gesellschafter, der das Verlangen stellt. Denn dem „Auftraggeber" des § 666 BGB. entspricht, da sich die Gesellschafter gegenseitig durch den Gesellschaftsvertrag zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verbunden haben und des-

wegen jedem Gesellschafter für sich der Anspruch auf Erfüllung der von einem anderen mit übernommenen Verpflichtungen zusteht, jeder einzelne Gesellschafter. Es kann also jeder Gesellschafter den Anspruch auf Auskunfterteilung und Rechenschaftsablegung gegen den geschäftsführenden Gesellschafter geltend machen.[1] [2] Auf diese Weise hat er ein Mittel in der Hand, seine Entschließung über weitere Maßnahmen in der Geschäftsführung vorzubereiten, wenn das ihm durch § 118 HGB. verliehene Einsichtsrecht hierzu nicht ausreicht. Während nun die Verpflichtung zur Auskunfterteilung nur den Zweck hat, dem sie verlangenden Gesellschafter die Möglichkeit zu tatsächlichem Handeln zu gewähren, bezweckt die Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung, dem Gesellschafter von etwaigen ihm gegen den Geschäftsführenden zustehenden Ansprüchen Kenntnis zu geben.[3] Da mit der Geschäftsführung regelmäßig Einnahmen oder Ausgaben verbunden sein werden, so wird nach § 259 BGB. die Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung in der Regel dahin gehen, daß der Geschäftsführende dem anderen Gesellschafter eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitteilt und die Belege vorlegt. Auch wird er, falls Grund zu der Annahme besteht, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der Sorgfalt gemacht worden sind, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, auf Verlangen den im § 259 BGB. bezeichneten Offenbarungseid zu leisten haben.

§ 5.

Beendigung der Geschäftsführung.

So wie ein Gesellschafter bei der Eingehung der Gesellschaft nur mit seiner Zustimmung in der ihm an sich kraft eigenen Rechtes zustehenden vollen und selbständigen Geschäftsführungs-

[1] RG. v. 8. 6. 1907 in JurW. 1907 S. 523, 32.

[2] So ROHG. Bd. 5 S. 203; Goldmann zu § 114 Ziff. 11; Staub zu § 118; Lehmann u. Ring zu § 118 Nr. 8; anders Makower zu § 114 Anm. VI a.

[3] So Isay S. 127.

befugnis beschränkt oder von ihr ganz ausgeschlossen werden kann, so kann sie ihm auch, solange die Gesellschaft besteht, grundsätzlich nur mit seiner Zustimmung ganz oder teilweise entzogen werden. Die strenge Durchführung dieses Grundsatzes würde jedoch eine Härte und Gefahr für die Gesellschaft bedeuten, sofern diese sich gegen einen geschäftsführenden Gesellschafter, der durch die Art seiner Geschäftsführung die Interessen der Gesellschaft gefährdet, aber nicht freiwillig auf die ihm zustehende Geschäftsführungsbefugnis verzichtet, nicht anders als entweder durch Herbeiführung der Auflösung der Gesellschaft (durch Beschluß oder durch gerichtliche Entscheidung) oder durch den Antrag auf Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft schützen könnte. Beide Wege zu vermeiden, kann die Gesellschaft Interesse haben; es kann ihr insbesondere auch daran gelegen sein, einen Gesellschafter als Mitglied beizubehalten, möglicherweise ihm auch die Vertretungsmacht zu belassen, dagegen ihn seiner Geschäftsführungsbefugnis zu entkleiden. Mit Rücksicht hierauf hat das Gesetz in § 117 ausdrücklich den Rechtssatz aufgestellt, daß — auch ohne Zustimmung des geschäftsführenden Gesellschafters — diesem seine Befugnis zur Geschäftsführung auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch richterliche Entscheidung dann entzogen werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dieser Rechtssatz ist jedoch genau so wie alle anderen vom Gesetz über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander aufgestellten Sätze nur dispositiven Charakters.[1]) Es steht insbesondere einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage, daß zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ein Beschluß der Gesellschafter genüge, nichts entgegen. Die Ansicht der Denkschrift (S. 93), der sich auch Staub (zu § 117) anschließt und die dahin geht, daß in einer derartigen Vereinbarung ein unzulässiger Verzicht auf den Rechtsweg zu erblicken sei, ist m. E. deswegen unzutreffend, weil es keineswegs im Wesen der Geschäftsführung des offenen Handelsgesellschafters begründet ist, daß der Richter, wie es hier der Fall wäre, selbst in den Gang der Geschäftsführung eingreift. Wenn das Gesetz trotzdem in dem einen Falle der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis dem

[1]) So auch Rudorff zu § 117 S. 69.

Richter eine derartige Möglichkeit zuspricht, so hat dies lediglich die Bedeutung einer aus Zweckmäßigkeitsgründen aufgestellten Ausnahmebestimmung, deren Charakter das Gesetz überdies noch formell durch die Einreihung unter die dispositiven Bestimmungen über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander zu erkennen gibt. Sollte nach dem Willen des Gesetzes eine vom § 117 HGB. abweichende Vereinbarung der Gesellschafter ungültig sein, so müßte dies, wie es z. B. im Abs. 2 des § 118 geschehen ist, ausdrücklich hervorgehoben sein.

Durch die Bestimmung des § 117 stellt sich das neue Handelsgesetzbuch in Gegensatz zu dem alten Handelsgesetzbuch, sofern dieses letztere die Möglichkeit einer Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch gerichtliche Entscheidung nur für den Fall normierte, daß die Geschäftsführungsbefugnis durch den Gesellschaftsvertrag übertragen war, eine Beschränkung, die, wie auch die Denkschrift sagt, jeder Berechtigung entbehrte. Es ist jedoch leicht irreführend, wenn man sagen wollte, daß in derselben Hinsicht auch heute ein Gegensatz zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bestehe. Rein äußerlich genommen kann allerdings nach dem Handelsgesetzbuch sowohl die dem Gesellschafter kraft des Gesetzes zustehende wie die ihm ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag „übertragene" Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden, während nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur die „einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene" Befugnis entzogen werden kann. Dieser äußerliche Gegensatz fällt jedoch in sich selbst zusammen, wenn man bedenkt, daß diejenige Befugnis, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragen wird, d. i. die Befugnis zur selbständigen Geschäftsführung (im Gegensatz zu der gemeinschaftlichen Geschäftsführung des § 709), gerade die dem offenen Handelsgesellschafter nach dem Gesetz zustehende Befugnis ist. Aus diesem Grunde kann man sogar statt von einem äußerlichen Gegensatz viel richtiger von einer inneren Konformität jener Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs und des Bürgerlichen Gesetzbuchs sprechen. Nur darin weichen beide Gesetze voneinander ab, daß zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, falls der Gesellschaftsvertrag nichts

anderes bestimmt, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Beschluß der übrigen Gesellschafter genügt, während es nach dem Handelsgesetzbuch einer gerichtlichen Entscheidung, d. h. entweder eines Urteils oder als vorläufiger Maßregel einer einstweiligen Verfügung, bedarf. Die Entscheidung, die mit konstitutiver Wirkung die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ausspricht, ist jedoch an eine formelle und an eine materielle Voraussetzung gebunden. Einmal bedarf es des übereinstimmenden Antrages der sämtlichen übrigen, d. h. auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, die prozessualisch als notwendige Streitgenossen nach §§ 62, 59 ZPO. auftreten; dann bedarf es aber auch des Vorliegens eines wichtigen Grundes. Ein solcher braucht nicht auf einem Verschulden des Gesellschafters zu beruhen, dessen Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden soll; vielmehr geht daraus, daß der § 117 HGB. als Beispiele wichtiger Gründe neben grober Pflichtverletzung auch die Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung anführt, hervor, daß auch Krankheit oder geistige Unfähigkeit als materielle Voraussetzung der Entziehung genügen.

Wird nun die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch gerichtliche Entscheidung gegen einen Gesellschafter ausgesprochen, so wird dies in dem Falle, daß die Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag anders als nach dem Regelfalle des Gesetzes geordnet ist, gewöhnlich auch einen Einfluß auf die Geschäftsführung der übrigen Gesellschafter haben. Denn es wird in der Regel davon auszugehen sein, daß der im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gelangte Wille der Gesellschafter dahin ging, die Geschäftsführungsbefugnis des einen als von der Geschäftsführungsbefugnis des oder der anderen Gesellschafter abhängig festzusetzen. Es wird daher mit der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis des einen auch die Regelung der Geschäftsführungsbefugnisse der anderen als hinfällig geworden zu betrachten sein, so daß der gesetzliche Zustand der jedem einzelnen Gesellschafter selbständig und vollständig zustehenden Geschäftsführung wiederhergestellt ist.[1])

[1]) So auch im Ergebnis Makower § 117 Anm. Ia, 2 und Staub zu § 117; ähnlich Goldmann zu § 117 Ziff. 8; anders Lehmann u. Ring zu § 117 Nr. 5.

So wie nun nach dem oben Ausgeführten einem Gesellschafter die ihm zustehende Geschäftsführungsbefugnis grundsätzlich nicht ohne seine Zustimmung entzogen werden darf, so darf grundsätzlich auch ein geschäftsführender Gesellschafter seine Geschäftsführung nicht ohne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter einseitig niederlegen. Denn der im Gesellschaftsvertrage erklärte Wille aller Gesellschafter hing davon ab, daß jeder von ihnen die Geschäftsführungsbefugnis ausübe. Sie haben daher ein Interesse daran, daß keiner von ihnen eigenmächtig sich der Ausübung dieser Befugnis entzieht. Es würde jedoch auch hier die strenge Durchführung dieses Grundsatzes unter Umständen eine schwere Härte für einen einzelnen Gesellschafter bedeuten. Daher ist durch den Abs. 2 des § 712 BGB., der nach § 105 Abs. 2 HGB. auch auf die offene Handelsgesellschaft anzuwenden ist, dem Gesellschafter das Recht zugesprochen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, seinerseits die Geschäftsführung zu kündigen; nur muß er in der Art kündigen, daß die Gesellschaft anderweit für die uneingeschränkte Fortführung der Gesellschaftsgeschäfte Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß auch für diese unzeitige Kündigung ein wichtiger Grund vorliegt. Dieses Kündigungsrecht kommt jedem geschäftsführenden Gesellschafter zu, gleichviel ob ihm die Geschäftsführungsbefugnis kraft des Gesetzes zusteht, oder ob sie ihm im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich „übertragen" war; denn zwischen beiden Arten besteht kein sachlicher Unterschied; daher können für sie auch nicht verschiedene Rechtssätze gelten. Wenn daher Staub zu § 117 und Makower zu § 117 Anm. II meinen, daß der Gesellschafter das Kündigungsrecht nur dann habe, wenn sein Recht auf die Geschäftsführung auf dem Vertrage beruhe, weil der das Kündigungsrecht regelnde Abs. 2 des § 712 BGB. sich nur auf die im Abs. 1 erwähnte, durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Geschäftsführungsbefugnis beziehe, so läßt sich diese Ansicht nicht halten. Ihre Begründung führt vielmehr gerade, da, wie oben ausgeführt, der durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäftsführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die auf dem Gesetz beruhende des Handelsgesetzbuchs entspricht, zu dem Ergebnis, daß durch die Erklärung der Anwendbarkeit des Abs. 2 des § 712 BGB. auf die offene Handelsgesellschaft im § 105 Abs. 2 HGB.

dem Gesellschafter das Kündigungsrecht der auf dem Gesetz beruhenden Geschäftsführung zugesprochen worden ist.[1])

§ 6.

Wesen der Geschäftsführung.

Da die Gesellschafter in dem auf die Eingehung der Gesellschaft gerichteten Vertrage sich gegenseitig zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes verpflichten und da eine Gesellschaft nicht gedacht werden kann, ohne daß innerhalb ihres Kreises Geschäfte geführt werden, so begreift die von ihnen im Gesellschaftsvertrage übernommene Verpflichtung auch die Besorgung der Geschäfte der Gesellschaft in sich; denn sie ist unumgänglich nötig zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes. Diese Verpflichtung zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft, die die Gesellschafter gegenseitig, und zwar jeder einzeln, auf sich nehmen, stellt sich daher als eine Einlage jedes einzelnen Gesellschafters, und zwar als eine Arbeitseinlage dar. Sie geht gewöhnlich neben der Kapitaleinlage, zu der sich die Gesellschafter gleichfalls im Gesellschaftsvertrage verpflichten (vgl. BGB. § 705), her. Doch kann sie auch an die Stelle der Geldeinlage treten, da, wie der Abs. 3 des § 706 BGB. ausdrücklich hervorhebt, der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann. Zwischen beiden besteht nur der Unterschied, daß die Kapitaleinlage nach ihrer Höhe ziffernmäßig festgesetzt werden kann, während eine Begrenzung des Maßes der Arbeitseinlage für den einzelnen Gesellschafter grundsätzlich ausgeschlossen ist. Daher erstreckt sich die Verpflichtung zur Geschäftsführung grundsätzlich auf den ganzen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft.

Diese Verpflichtung jedes einzelnen Gesellschafters ist aber nicht eine einseitige Verpflichtung, sondern sie steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der gleichen, von jedem anderen Gesellschafter übernommenen Verpflichtung. Die Gegenseitigkeit der Verpflichtung zur Geschäftsführung hat zur Folge, daß jeder einzelne Gesellschafter berechtigt ist, von jedem anderen Gesellschafter

[1]) Goldmann zu § 117 Ziff. 13.

die Erfüllung seiner Geschäftsführungspflicht zu verlangen. Er kann ihn auf Erfüllung seiner Pflicht verklagen.

Die Pflicht zur Geschäftsführung bedeutet nun die Pflicht, zunächst zu prüfen, ob eine in den Geschäftskreis der Gesellschaft fallende Handlung den Interessen der Gesellschaft entspricht. Kommt der Gesellschafter zu dem Ergebnis, daß sie der Gesellschaft förderlich ist, so hat er die Verpflichtung, die Handlung vorzubereiten und auszuführen. Findet er aber bei der Prüfung, daß die Vornahme der Handlung dem Interesse der Gesellschaft widerstreiten würde, so ist er verpflichtet, sie zu unterlassen und, falls die Handlung seitens eines anderen Gesellschafters beabsichtigt ist, deren Vornahme durch diesen zu verhindern. In diesem Falle wird ihm die Benutzung des hierzu gegebenen Mittels, nämlich die Erhebung des Widerspruchs, zur Pflicht. Unterläßt er dies, so verstößt er gegen seine Pflicht.

Bei allen den Untersuchungen über die Zweckmäßigkeit einer Handlung wie bei allen den Handlungen, durch die ein Geschäft vorbereitet oder zur Ausführung gebracht oder durch die die von einem anderen beabsichtigte Vornahme einer Handlung verhindert werden soll, hat der Gesellschafter nach der Bestimmung des HGB. § 105 Abs. 2 in Verbindung mit der des BGB. § 708 diejenige Sorgfalt anzuwenden, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Indem das Gesetz hiermit in Abweichung von dem sonst üblichen objektiven Standpunkt einen subjektiven Standpunkt einnimmt, trägt es dem Umstande Rechnung, daß sich die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft persönlich eng verbunden haben und in der Regel gegenseitig die individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten kennen. Im Vergleiche zu dem objektiven Maßstabe des BGB. § 276, nach dem jeder Schuldner neben dem Vorsatz auch jede Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu vertreten hat, soll hier bei der offenen Handelsgesellschaft, wie aus der Beifügung des Wörtchens „nur" hervorgeht, ein milderer Maßstab angelegt werden. Falls daher im einzelnen Falle ein Gesellschafter in seinen eigenen Angelegenheiten eine größere Sorgfalt als die „im Verkehr erforderliche" anzuwenden pflegt, so ist er gleichwohl nur für letztere verantwortlich.[1])

[1]) So Staub zu § 114.

Aus dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses ergibt sich, daß die Pflicht zur Geschäftsführung grundsätzlich eine höchstpersönlich zu erfüllende Pflicht ist. Das Gesetz hat dies noch ausdrücklich im HGB. § 105 Abs. 2 in Verb. mit § 713 BGB. (vgl. auch § 347 Abs. 2 HGB.) hervorgehoben, indem es die für den Auftrag geltende Vorschrift, daß der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen darf, für anwendbar erklärt hat (vgl. BGB. § 664). Der Gesellschafter darf sich daher, wie RG. Bd. 2 S. 32 sich ausdrückt, in seiner Eigenschaft als geschäftsführender Gesellschafter niemanden substituieren, weder einen geschäftsführenden oder von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitgesellschafter noch einen Dritten. Während dieser Satz ausnahmslos feststeht, soweit es sich um die Übertragung der ganzen Geschäftsführung im vollen Umfange handelt, wird er einige im Wesen des Gesellschaftsverhältnisses begründete Ausnahmen erleiden müssen, wenn die Übertragung einzelner Geschäfte oder eines bestimmten Geschäftszweiges in Frage kommt. Infolge der Verschiedenartigkeit der im Geschäftsbetriebe erforderlichen Tätigkeiten wird die persönliche Ausführung oft unmöglich sein. Dann hat der Gesellschafter nur ein ihm bei dieser Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten (vgl. BGB. § 664 Abs. 1 Satz 2), ist aber sonst frei von der Verantwortung für das, was sein Substitut anrichtet. Doch beschränkt sich auf diese Fälle der Unmöglichkeit eigener Ausführung m. E. die Zulässigkeit der Übertragung einzelner Geschäfte. In anderen Fällen darf der Gesellschafter nur einen Gehilfen zuziehen, dessen Verschulden er im gleichen Umfange zu vertreten hat wie sein eigenes Verschulden (vgl. BGB. § 664 Abs. 1 Satz 3 in Verb. mit § 278). Denn dann behält er die Ausführung des Geschäftes in seiner eigenen Hand. Er haftet also dafür, daß sein Gehilfe diejenige Sorgfalt anwendet, die er selbst, der geschäftsführende Gesellschafter, in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Der Gesellschafter hat grundsätzlich über die Art, wie er seiner Geschäftsführungspflicht genügt, freie Entschließung. Er führt also ein Geschäft, dessen Vornahme er für angebracht hält, nach freiem Gutdünken aus und ist hierbei nur an die Beobachtung der ihm eigenen Sorgfalt gebunden. Dieser Grundsatz erleidet

eine Ausnahme dann, wenn es sich um die Ausführung eines Gesellschaftsbeschlusses handelt. Hier tritt an die Stelle des für ein Geschäft maßgebenden Willens des einzelnen Gesellschafters der in dem Gesellschaftsbeschlusse zum Ausdruck gelangte übergeordnete Wille der Gesamtheit der Gesellschafter. Diese erscheint somit als Auftraggeberin, die jedem einzelnen Gesellschafter die Weisung gibt, in Gemäßheit des Beschlusses für die Gesellschaft tätig zu werden. Eine Abweichung von diesem Beschlusse ist nach § 105 Abs. 2 HGB. in Verb. mit §§ 713 u. 655 BGB. bei der Ausführung des Geschäfts nur dann zulässig, wenn der Ausführende den Umständen nach annehmen darf, daß die Gesamtheit der übrigen Gesellschafter bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Doch ist der Gesellschafter verpflichtet, vorher der Gesellschaft von der beabsichtigten Abweichung Anzeige zu machen und einen Gesellschaftsbeschluß abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Hat der Gesellschafter ein Geschäft für die Gesellschaft vorgenommen und zu Ende geführt, so hat er alles, was er zur Ausführung des Geschäfts erhalten hat und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, der Gesellschaft herauszugeben (BGB. § 667). Diese Herausgabepflicht entspricht der Treupflicht, die sich die Gesellschafter gegenseitig zu prästieren haben. Verletzt ein Gesellschafter diese Pflicht, indem er Geld, das er der Gesellschaft herauszugeben hat oder für sie zu verwenden hat, für sich verwendet, so hat er es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen (BGB. § 668). Andererseits ist es gleichfalls ein Ausfluß der zu prästierenden Treupflicht, daß ein Gesellschafter für die zur Ausführung eines Geschäfts erforderlichen Aufwendungen von der Gesellschaft die Gewährung eines Vorschusses verlangen kann (BGB. § 669) und daß die Gesellschaft das Geld, das ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten aufgewendet hat, von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen hat (BGB. § 110 Abs. 2).

Stellt sich nach alledem die Geschäftsführung des offenen Handelsgesellschafters als eine im Gesellschaftsvertrag übernommene Pflicht, als eine vom Gesellschafter gleich der Geldeinlage zu gewährende notwendige Arbeitseinlage dar, so ist hierin

der Grund dafür gegeben, daß der Gesellschafter grundsätzlich für seine Geschäftsführung keine Vergütung zu beanspruchen hat. Da sich dieser Satz aus dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses ergibt, hat ihn das Gesetz nicht ausdrücklich aufgestellt, sondern schweigt darüber im Gegensatz zu dem Art. 93 Abs. 3 ADHGB., das den vollständigen Ausschluß jedweder Vergütung ausdrücklich aussprach. Wie Staub in Anm. 6 zu § 110 hervorhebt, kommt für die Frage der Vergütung der Geschäftstätigkeit weder der die Unentgeltlichkeit des Geschäftes normierende § 662 BGB. in Betracht, weil § 713 ihn nicht mit für anwendbar erklärt, noch der die Entgeltlichkeit des Geschäftes festlegende § 354 HGB., weil dieser von der Geschäftsbesorgung für einen anderen, d. h. einen Fremden, handelt. Dies ist die Tätigkeit des offenen Handelsgesellschafters aber, wie oben ausgeführt, gerade nicht. Der sich sonach auf das Wesen des Gesellschaftsverhältnisses stützende Grundsatz des Ausschlusses einer Vergütung kann jedoch, da der Gesellschaftsvertrag souverän ist, durch diesen aufgehoben werden. Es kann also im Gesellschaftsvertrage eine Vergütung für die Geschäftsführung bedungen werden. Diese Ausbedingung der Vergütung braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, sondern sie kann auch stillschweigend erfolgen (RG. v. 17. 4. 1901 in JurW. S. 406, 25). Eine derartige stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung wird dann anzunehmen sein, wenn den Umständen nach die Geschäftsführung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich um Dienste handelt, die nicht kaufmännischer Natur sind und deren Leistung eine besondere Berufsbildung des einzelnen Gesellschafters voraussetzt. Ist jedoch der Gesellschafter gerade mit Rücksicht auf seine besondere Berufsbildung und zum Zwecke der Arbeitsleistung auf Grund dieser Bildung in die Gesellschaft aufgenommen, so stellt sich seine auf Grund dieser Bildung für die Gesellschaft erfolgende Tätigkeit lediglich als seine pflichtmäßige Arbeitseinlage dar und ist daher im Zweifel unentgeltlich zu bewirken (ROHG. Bd. 3 S. 174).

Während sonach ein Gesellschafter grundsätzlich für die Zeit und die Mühe, die er als Geschäftsführer der Gesellschaft aufwendet, keine Vergütung beanspruchen kann, kann er nach § 110

HGB. gewisse unmittelbar durch die Geschäftsführung eintretende Vermögensminderungen ersetzt verlangen. Macht er nämlich in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet. Die Ersatzpflicht bezieht sich also nicht nur auf Aufwendungen, d. h. auf solche Vermögensminderungen, die der Gesellschafter zur Besorgung von Geschäften freiwillig vornimmt, sondern auch auf Verluste, d. h. auf solche Vermögensminderungen, die auf Grund eines von seinem freien Willen unabhängigen Ereignisses eintreten.[1]) Dies ist ein bemerkenswerter Gegensatz zu der Bestimmung des § 670 BGB., nach der der Gesellschafter der bürgerlichen Gesellschaft nur Ersatz für Aufwendungen, nicht aber auch für Verluste verlangen kann. Er erklärt sich daraus, daß in der Regel der offene Handelsgesellschafter seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zu widmen hat und daß er deswegen auch beanspruchen kann, daß er für Einbußen, die er ohne sein Verschulden erleidet, schadlos gehalten wird. In beiden Fällen, sowohl bei dem Ersatz der Aufwendungen wie bei dem Ersatz der Verluste, ist jedoch Voraussetzung für den Ersatzanspruch, daß die Vermögensminderungen ohne ein Verschulden des davon betroffenen Gesellschafters eintreten. Deshalb kann der Gesellschafter nur solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. Hierbei hat er wie immer seiner Prüfung diejenige Sorgfalt zugrunde zu legen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, nicht etwa, wie Lehmann-Ring zu § 110 Nr. 1 Abs. 3 meinen, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Die Begründung, die Lehmann-Ring ihrer Ansicht geben, daß nämlich die Beschränkung der Haftung des Gesellschafters auf die diligentia quam suis sich nur auf die Erfüllung von „Sozietätspflichten" beziehe, trifft deswegen nicht zu, weil es sich auch hier bei der Bewirkung der Aufwendungen sowie bei der Prüfung der

[1]) So Isay S. 148/49.

Frage, ob sie erforderlich sind oder nicht, um Erfüllung einer Sozietätspflicht handelt.[1])

Der Verpflichtung eines geschäftsführenden Gesellschafters, in einem bestimmten Falle in bestimmter Weise für die Gesellschaft tätig zu werden, entspricht nun in jedem Falle auch seine Berechtigung zu dieser Handlung. Es ist nicht denkbar, daß ein Gesellschafter zu einer Handlung verpflichtet ist, zu der er nicht berechtigt ist. Die Berechtigung geht Hand in Hand mit der Verpflichtung. Doch ist umgekehrt ein geschäftsführender Gesellschafter nicht zu jeder Handlung verpflichtet, zu der er berechtigt ist. Das ergibt sich schon aus der allgemeinen Erwägung, daß in vielen Fällen der Gesellschafter bei der Entscheidung der Frage, welche Handlung er für die Gesellschaft vornehmen soll, die Wahl zwischen mehreren der Gesellschaft gleich förderlichen Handlungen haben wird; dann ist er zu jeder von ihnen berechtigt, verpflichtet aber kann er nur zu einer von ihnen sein. Im besonderen wird man auch, um ein in der Literatur besprochenes Beispiel zu erwähnen (vgl. Renaud S. 253), nicht sagen können, daß ein Gesellschafter zu einer zinsbaren Anlegung von Barbeständen der Gesellschaft verpflichtet wäre, während man seine Berechtigung dazu auf keinen Fall leugnen kann.

Es ist hiernach unrichtig, zu sagen, daß der Umfang der Verpflichtung zur Geschäftsführung notwendig zusammenfiele mit dem Umfang der Berechtigung zu ihr. Daher ist auch eine Vertragsbestimmung, die den Gesellschafter zwar von der Verpflichtung zur Geschäftsführung entbindet, ihm jedoch das Recht auf sie vorbehält, durchaus zulässig (RG. v. 24. 9. 1904 im Recht 1905 S. 199).

Das Recht des Gesellschafters auf die Geschäftsführung bedeutet nun, daß er verlangen kann, daß ihm die Möglichkeit zur Vornahme aller zu der Geschäftsführung gehörenden Handlungen gewährt werde. Dieser Anspruch richtet sich nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen jeden übrigen Gesellschafter. Denn jeder einzelne Gesellschafter ist verpflichtet, dem anderen geschäftsführenden Gesellschafter die Möglichkeit der Ausübung seines Rechtes

[1]) Goldmann Bd. 2 S. 492.

zur Geschäftsführung zu gewähren. Dem steht nicht entgegen, daß er selbst zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft gleich ihm befugt ist. Hält er im einzelnen Falle eine von dem anderen beabsichtigte Handlung für der Gesellschaft schädlich, so steht ihm das Recht des Widerspruchs zu. Doch darf er nicht von vornherein dem anderen die Möglichkeit nehmen, ebenso wie er für die Gesellschaft tätig zu werden. Es ist allerdings richtig, daß darin eine praktische Schwierigkeit liegt, daß das Recht zur Geschäftsführung jedem einzelnen Gesellschafter unabhängig von den übrigen Gesellschaftern zusteht. Diese Selbständigkeit des Geschäftsführungsrechts geht sogar so weit, daß ein geschäftsführender Gesellschafter nicht verpflichtet ist, die übrigen geschäftsführenden Gesellschafter von seinem auf die Vornahme einer Handlung für die Gesellschaft gerichteten Vorhaben in Kenntnis zu setzen, geschweige denn sie vorher um ihre Zustimmung zu ersuchen. Eine solche Verpflichtung kann insbesondere auch nicht etwa daraus gefolgert werden, daß der andere geschäftsführende Gesellschafter der beabsichtigten Handlung widersprechen kann, wenn er davon erfährt. Nur in dem Falle, daß die Vornahme einer ungewöhnlichen Handlung beabsichtigt wird, hat der sie beabsichtigende Gesellschafter eine Anzeigepflicht gegenüber den übrigen Gesellschaftern, da zur Vornahme der Handlung ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist. Im übrigen ist der Gesellschafter, dem die Geschäftsführung obliegt, in der Entschließung darüber, welche Handlung vorzunehmen ist, sowie in der Vorbereitung, Ausführung und Durchführung der Handlung für die Gesellschaft durchaus selbständig. Daraus, daß der geschäftsführende Gesellschafter somit bezüglich jeder einzelnen Handlung nicht nur die Befugnis der Initiative, sondern auch die Befugnis der dem eigenen Willen entsprechenden Durchführung einer Handlung hat, und daß sich die Geschäftsführungsbefugnis grundsätzlich auf den ganzen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft erstreckt, ergibt sich, daß dem geschäftsführenden Gesellschafter als solchem die Leitung des ganzen Geschäftsbetriebes obliegt. Dies ist das Hauptmerkmal der Geschäftsführung des offenen Handelsgesellschafters überhaupt. Kraft dieser leitenden Stellung ist der geschäftsführende Gesellschafter nicht nur keineswegs gehalten, die sich auf die Geschäfts-

führung beziehenden Weisungen irgend eines anderen Gesellschafters zu befolgen, sondern vielmehr selbst befugt, den lediglich vertretungsbefugten Mitgliedern Weisungen zu erteilen. Diesen letzteren gegenüber stellt er sich dar als das beschließende Organ, während sie das ausführende Organ sind. Diesen Charakter büßt die Geschäftsführung auch dann nicht ein, wenn sie im Gesellschaftsvertrag in der Form der Kollektivität geordnet ist. Zwar hat hier der einzelne geschäftsführende Gesellschafter, wenngleich es ihm zukommt, eine Handlung in Anregung zu bringen, die Pflicht, die beabsichtigte Handlung zur Erlangung der Zustimmung der anderen geschäftsführenden Gesellschafter diesen anzuzeigen; doch sind es auch wieder die geschäftsführenden Gesellschafter als solche, in deren Händen die Entscheidung über die Handlung liegt, nur daß als das leitende, das beschließende Organ nicht der einzelne geschäftsführende Gesellschafter, sondern sämtliche geschäftsführende Gesellschafter auftreten.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.